أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء السادس

شرح مختصر الكرخي

الطبعة الأولى
١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع
❊ الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
❊ فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
❊ فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
❊ فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
❊ فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
❊ فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ . الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩
E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

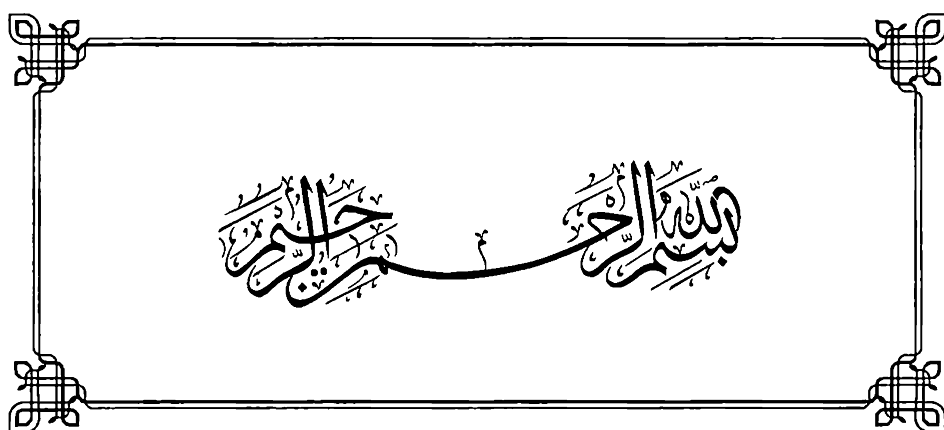
أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء السادس


بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ
ضمان الرهن

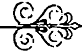


قال أبو الحسن: الرهن محبوس بجميع الدَّين الذي رهن به، كانت قيمته أقلَّ من الدين أو مثله أو أكثر، كائنًا ما كان الرهن، كان عينًا واحدة أو أعيانًا كثيرة، مختلفة في الجنس والقيم أو متفقة؛ وذلك لأن الرهن محبوس للاستيفاء كالمبيع في يد البائع، فكما ثبت للبائع الحبس بالثمن قليلاً كان أو كثيرًا، فكذلك يثبت للمرتهن.

قال: وليس للمراهن أن يقبض شيئًا من ذلك حتىٰ يؤدي جميع الدَّيْن، فإن أدّىٰ بعضًا وأراد [٣٨٤/أ] أن يقبض بعض الرهن مكان ما أدّىٰ، لم يكن له ذلك إذا كان رهنًا واحدًا بجملة المال؛ لأنه محبوس للاستيفاء كالمبيع، ومعلوم أن المشتري لو نقد بعض الثمن لم يكن له أن يأخذ بعض المبيع، فكذلك الراهن؛ ولأن في ذلك تفريق الصفقة علىٰ المرتهن في الحبس، وهذا لا يجوز.

قال: فإن رهن أعيانًا في عقد واحد فسمّىٰ لكل عين شيئًا من المال الذي رهنه به، فذلك جائز، فإن [أدّىٰ][1] ما سمّىٰ لإحدىٰ الأعيان ثم أراد قبضها [بذلك] ففيه اختلاف نفسره في موضعه، وقد ذكره في هذا الباب، وهو أن محمدًا ذكر في الأصل: أن الراهن ليس له أن يقبض [بعض][2] الرهن، وإن كان قد سمّىٰ له دينًا منفردًا.

(١) في ب (أراد) والمثبت من أ.
(٢) في ب (بعقد) والمثبت من أ.

وقال في الزيادات: إذا رهن مائة شاة بألف على أن كل شاة رهنًا بعشرة، فإن أدّى عشرة دراهم فأراد أن يقبض شاة منها فله أن يقبض.

وروي أن ابن سماعة، عن محمد مثل رواية الأصل.

قال الحاكم: ما ذكره في الأصل قول أبي يوسف، وما ذكره في الزيادات قول محمد.

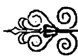
لأبي يوسف: أنه محبوس بعقد واحد، فلم يجز تفريق الصفقة فيه، وإن أفرد كل عين بتسمية كالمبيع في يد البائع.

لمحمد: أن الرهن لا يكون بعضه شرطًا في بعض؛ بدلالة أنه لو رهن عنده [عبدين فقتل أحدهما][1] جازَ، فصار كل عين [من الأعيان] كالمنفردة بالعقد، إلا أنه [إذا سمّى دينًا واحدًا لم يجز تفريق الصفقة فيه، وإذا أفرد كل عين بتسمية فكأنه][2] أفردها بالعقد، وليس كذلك البيع[3]؛ لأن بعضه شرط في بعض، ألا ترى أن المشتري لا يملك القبول في بعض الأعيان دون بعض، فلذلك استوى تفريق الثمن وجمعه.

وكان أبو بكر الرازي ينكر ما قاله الحاكم، ويقول: إن ابن سماعة روى عن محمد مثل ما قال في الأصل، فالمسألة على روايتين عن محمد.

قال ابن سماعة: وكذلك لو رهنهما جميعًا، فقال: هذا رهن بخمسمائة،

(١) في ب (عين فقبل في أحدهما).
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.
(٣) في أ (العقد).

[وهذا رهن بخمسمائة] فهو رهن واحد لا [يفتك][1] واحد منهما إلا بأداء جميع المال؛ لأن القبول قبول واحد، فصار العقد واحداً، كما لو كان الإيجاب جملة. والله أعلم.

٢٣٦٤ - فَصْل: [الرهن مضمون بالأقل]

قال: والرهن في ذلك مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين الذي رهن به إذا كان الرهن شيئًا واحدًا، فإن كان أشياء متفرقة فكل عين منها مضمونة بالأقل مما بحصتها ومن قيمتها إذا كان الرهن جملة [كان] رهنًا بجميع الدين، فإن كان سمّىٰ لكل عين حصة فكل عين منه مضمونة بالأقل من قيمتها ومما سمّىٰ لها من الحصة.

أما الكلام في ضمان الرهن: فعندنا أنه مضمون، وعند الشافعي: هو أمانة، لا يسقط بهلاكه شيء من الدين[2].

لنا: حديث عطاء أن رجلاً رهن فرسًا علىٰ عهد رسول الله ﷺ، فنفق، فذكر المرتهن لرسول الله ﷺ فقال: «**ذهب حقك**»[3]، ولا يجوز أن يكون المراد به ذهب حقك في الإمساك؛ لأن ذلك يعلم مشاهدة؛ [ولا حق][4] المطالبة برهن آخر؛ لأن ذلك لم يكن حقًا، فلم يبق إلا أن يكون المراد به ذهب حقك من الدين؛ ولأنه عقد علىٰ الرقبة، يختص بمال في مقابلتها، فكان مقتضاه الضمان

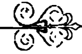
---

(١) في (يقبل) والمثبت من أ.

(٢) المهذب ٣/٢١٦؛ رحمة الأمة ص٢٩٩.

(٣) أورده البيهقي في السنن الصغرىٰ، وقال: «فإنما رواه عطاء عن الحسن مرسلاً، ومراسيل الحسن ضعيفة»، ٥/٢٧٨، وقال ابن حجر في الدراية: «أبو داود في المراسيل من طريق عطاء... وأخرجه ابن أبي شيبة مرسلاً» ٢/٢٥٧.

(٤) في ب (ولأن) والمثبت من أ.

كالبيع، ولأنه عقد يختص بعين من أحد الجنسين، ودين من الأخرىٰ، فاقتضىٰ الضمان كالسَّلَم، ولأنه مقبوض من جهة الاستيفاء، والمقبوض علىٰ جهة كالمقبوض علىٰ حقيقتها، ألا ترىٰ أن المقبوض علىٰ وجه السوم لما قبض علىٰ وجه التمليك كان كالمقبوض علىٰ حقيقة[1] التمليك في الضمان.

وقد اعتبر الشافعي هلاك الرهن بموت [٣٨٤/ب] الكفيل، وهذا ليس بصحيح؛ لأن التوثق يقع بذمة الكفيل في مقابلة ذمة الغريم، والتوثق بذمة الغريم لا يوجب أن تكون مضمونة [علىٰ صاحب الدين][2]، فكذلك ذمة الكفيل، والرهن يتوثق في مقابلة الدين، ولو قبض الدين كان مضمونًا عليه؛ كذلك إذا قبض ما يتوثق به منه.

ولا يقال: إن قبض المرتهن لو تعلق به الضمان لم يرجع المرتهن علىٰ الراهن بما يلزمه من الضمان عند الاستحقاق كما لا يرجع الغاصب؛ وذلك لأن إمساك المرتهن يقع لمنفعته ولمنفعة الراهن، بدلالة أن الدين يسقط عن الراهن بتلف الرهن، فصار كقبض المستأجر، لما كان فيه منفعة للمؤاجر والمستأجر رجع [المستأجر] بالضمان، فأما قبض الغاصب فلا منفعة فيه للمالك؛ لهذا لم يرجع عليه، ولأن قبض المشتري مضمون عليه وإن تعلق به الرجوع بحكم العقد، فكذلك المرتهن [مثله]. والله أعلم.

٢٣٦٥ - فَصل: [كيفية الضمان]

وأما الكلام في كيفية الضمان، فعندنا أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن

---

(١) في أ (وجه).

(٢) في ب (عليه) والمثبت من أ.

الدين، فإن [كانت] قيمة الرهن ألفين والدين ألفًا فجميع الرهن محبوس بالدين، ونصفه مضمون ونصفه أمانة، وإن كان الدين ألفًا و[قيمة] الرهن خمسمائة، فجميعه رهن بالأقل[1]، وهو مضمون بنصفه، فإن هلك سقط بقدر قيمته [وهذا قول عمر رضي الله عنه، وقال عليّ رضوان الله عليه: يترادان الفضل، وقال شريح: الرهن بما فيه]، ولو كان خاتماً من حديد.

فأما الكلام على [عليّ رضوان الله عليه] فلأن الرهن مضمون بما تعلق به من حق الاستيفاء، ولا يجوز أن يستوفي ألفين بألف، فما زاد على قدر الدين لم يوجد فيه معنى الضمان، فلا يضمن.

وأما [الكلام] على شريح؛ فلأن الضمان تعلق بالرهن لحق الاستيفاء، ولا يمكن استيفاء الألف من خمسمائة، وإنما يستوفي منها بقدرها، فكان ذلك هو المضمون.

ولا يجوز أن يجعل الرهن كالمبيع في أن هلاكه يسقط الثمن وإن كان أكثر من قيمته؛ لأن هلاك المبيع يرفع العقد، فيسقط الثمن لذلك، وهلاك الرهن لا يسقط سبب المداينة، وإنما يصير المرتهن مستوفيًا بهلاكه، فيسقط مقدار ما تعلق به من الاستيفاء. والله تعالى أعلم.

٢٣٦٦ـ فَصْل: [ضمان الرهن بالهلاك]

قال: وهذا إذا هلك الرهن بغير فعل الراهن أو بفعل من غيره، فإن استهلكه المرتهن، [ضمن قيمة الرهن كله، وإن استهلكه الراهن ضمن قيمته، وكان رهنًا

(١) في أ (بالألف).

في يد المرتهن كما كان الرهن حتى يستوفي الدين، وكذلك إن استهلكه أجنبي ضمن قيمته وكان رهنًا مكانه، أما إذا استهلكه المرتهن]؛ فلأن الاستهلاك غصب، والمغصوب يضمن قيمته بالغة ما بلغت؛ ولأن ما زاد على مقدار الدين أمانة، فإذا استهلكها المرتهن ضمنها كما يضمن المودَع.

وأما الراهن إذا استهلك [الرهن]؛ فلأن حق المرتهن [تعلق بعين] الرهن، فصار المالك فيه كالأجنبي؛ فلذلك لزمه الضمان.

قال: وهذا عندنا على وجهين:

إن كان الدين حالاً طولب الراهن بالدين ولم يطالب بقيمة الرهن؛ لأن الدين قد وجب فلا معنى لمطالبته بالقيمة، وإن كان الدين لم يحل أخذت منه القيمة؛ لأنه أسقط حق المرتهن من الحبس، فلزمه إعادة حقه، ولا يمكن ذلك إلا بضمان الرهن، وقد كان حق المرتهن في الحبس تعلق بالمضمون والأمانة؛ فلذلك ضمنها للراهن.

وإذا رهنه عبدين أو ثوبين أو كُرّ طعام وكُرّ شعير ولم يسمّ لكل واحد من ذلك شيئًا من الدين، جعلته رهنًا به، فسبيل ذلك أن يقسم الدين على قيمة تلك الأشياء، فما أصاب كل عبد أو كل ثوب أو كل كر فهو مضمون بالأقل من تلك الحصة ومن قيمة نفسه؛ وذلك لأن الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب أن ينقسم على المتفقين [٣٨٥/أ] بالأجزاء، وعلى المختلفين بالقيمة، [كما ينقسم الثمن على المبيع.

وأما إذا سمّى لكل واحد منهما حصّة من الدين، لم يعتبر القيمة،] وكان

كل واحد منهما مضمونًا بالأقل من قيمته ومما سمّىٰ له؛ لأنه جعل في مقابلته مقدار [التسمية](١)، ولا معتبر بالقيمة كالعين(٢) إذا سمىٰ لكل واحد منهما ثمنًا.

وقد تأول أبو الحسن ما رُوي عن عليّ أنه قال: يترادان الفضل، أن ذلك علىٰ حال بقاء الرهن إذا استوفىٰ المرتهن أكثر(٣) دينه؛ لأنه روي عن محمد بن الحنفية، عن علي قال: إذا كان الرهن بأكثر مما فيه فهلك فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به رد الراهن الفضل.

قال أبو الحسن: وإذا أمكن أن تحملَ الروايتين عنه علىٰ الموافقة كان أولىٰ من المخالفة.

وتأول ما رُوي عن إبراهيم أنه قال: الرَّهن بما (فيه علىٰ أنه محمول علىٰ الراهن إذا زادت قيمته؛ لأنه روي عنه أنه قال: يرد الراهن علىٰ المرتهن إذا كان فيه فضلاً)(٤)، يعني حال بقاء الدين.

وذكر حديث معاوية بن عبد الله، أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن**»(٥)، وقال: وروي عن مغيرة أنه قال: سألت إبراهيم عن غلق الرهن فقال: يقول إن لم [أفتكّ](٦) إلىٰ غد فهو لك.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل في يده ثوب رهن، فقال الراهن: إن لم

---

(١) في ب (القسمة)، والمثبت من أ.
(٢) في أ (كالمستعير).
(٣) في أ (مقدار).
(٤) ما بين القوسين ساقطة من الأصل.
(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤١)؛ ومالك في الموطأ (١٤١١).
(٦) في ب (أجئك) والمثبت من أ.

أعطك حقك في كذا وكذا فهو بيع لك بما لك، لا يجوز.

وقال في قوله: «**لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه**»[1] قال: فهو هذا.

وروى أبو يوسف بإسناده أن النبي ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه**»، قال أبو يوسف: وتفسير هذا عندنا والله أعلم: أن الفضل في قيمة الرهن لرب الدين، ولا يكون مضمونًا ولا يغلق، وإن كان فيه نقصان رجع بالفضل.

وقال أبو عبيد: (لا يغلق الرهن): جاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء، فذكر حديث إبراهيم، قال أبو عبيدة: وقد روي عن طاوس نحو هذا، وكذلك عن مالك وسفيان، وتأول الشافعي الخبر [لحديث] عَلِيّ رضوان الله عليه: أنه إذا هلك رجع المرتهن بدينه.

قال أبو الحسن: وهذا مذهب ليس عليه أهل العلم، ولا يجوز في كلام العرب أن يقال: إذا ضاع فقد غلق، وإنما يقال: قد غلق إذا استحقه المرتهن، فذهب به، وهذا كان من أفعال أهل الجاهلية، فردّه رسول الله ﷺ وأبطله بقوله: «**لا يغلق الرهن**»، وأنشد:

وفارقتك برهن لا فكاك له ❁ يوم الوداع فأمسىٰ الرهن قد غلقا[2]

يعني أنها ارتهنت قلبه فمضت به، فأي تضييع هاهنا.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٥٨/٢ بلفظ (له غنمه)؛ وابن حبان في صحيحه ٢٥٨/١٣؛ البيهقي في الكبرىٰ، ٣٩/٦.

(٢) أورده السرخسي في المبسوط ٦٦/٢١؛ والمرغيناني في الهداية ١٢٧/٤. قال ابن الجزري في غريب الحديث: «يعني أنها ارتهنت قلبه فذهبت به». ١١٥/٢.

قال أبو عبيدة: وأما الحديث الآخر في الرهن: «**له غنمه وعليه غرمه**»[1]، فمعناه معنىٰ الأول، لا يفترقان يقول: يرجع الرهن إلىٰ ربه، فيكون غنمه له، ويَرجع رب الحق عليه بحقه، فيكون غرمه عليه، ويكون شرطهما الذي شرطا باطلاً.

وهذا كله معناه إذا كان الرهن قائمًا بعينه ولم يضع، فإذا ضاع فحكمه غير هذا، وهذا صحيح؛ لأن قوله: (الرهن من راهنه)، يقتضي بقاء الرهن، فإذا هلك لم يكن رهنًا في الحقيقة، وإنما يقال: كان رهنًا في حكم اللفظ أن يحمل علىٰ حقيقته. والله تعالىٰ أعلم.



(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (لا يغلق الرهن) وصححه ٢/٥٨؛ والهيثمي في موارد الظمآن ١/٢٧٤؛ والدارقطني ٣/٣٢ مرفوعًا؛ والبيهقي مرسلاً ٦/٤٠.

بَابُ
نفقة الرهن

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والحسن، ولا أعلم عن زفر خلافًا: أن الرهن إذا كان حيوانًا فنفقته في مأكله ومشربه على الراهن، وكذلك كسوة الرقيق، وكذلك إن كانت أمة فولدت فأجر الظئر على الراهن، حكاه الحسن.

وكذلك إذا كان الرهن بستانًا فيه شجر ونخل وكرم، وليس فيه ثمرة وهو مما يثمر فسقيه [٣٨٥/ب] وتلقيح نخله وجُذاذه والقيام بمصالحه على الراهن، وسواء كان في الرهن فضل على الدين أو لم يكن، فذلك كله على الراهن دون المرتهن؛ لأنه ملكه ما كان مضمونًا وما لم يكن.

وأما الحفظ في جميع ذلك[١] فهو على المرتهن، ما كان مضمونًا منه وما لم يكن؛ لأن له حبس ذلك كله.

وكذلك إن احتيج إلى استئجار من يحفظه، فعلى المرتهن أن يستأجر من يحفظه، وكذلك المأوى للغنم والبقر على المرتهن دون الراهن.

قال: وهذا عندنا على وجهين:

كل نفقة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته فهي على الراهن، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه (فات بحادث)[٢] فهو على المرتهن.

(١) في أ (جميع هذه الوجوه).
(٢) ساقطة من أ.

وإنما قلنا: إن النفقة في المأكل والمشرب والكسوة على الراهن؛ لأن العين على ملكه، ومنافعها [مملوكة له][1]، فكانت نفقتها عليه كالوديعة؛ ولأنه هو الموجب لهذا الحق في ملكه، فكانت النفقة عليه كالمؤاجر، وليس هذا كالعبد الموصى بخدمته أن النفقة على الموصى له؛ لأن الوارث لم يوجب هذا الحق في ملكه، ولأن الموصى له أحق بمنافع [هذه] العين من مالكها من غير منفعة سلمت للمالك، فكانت النفقة عليه كما يكون على المالك.

وعلى هذا: أجر الراعي لأنه يحتاج إليه لعلف الحيوان، فهو كالطعام والشراب، وأما أجرة الحافظ فعلى المرتهن؛ لأن الإمساك من حقوقه، فوجب أن يكون عوضه عليه، وكذلك أجرة المسكن الذي يحفظه فيه في الرواية المشهورة؛ لأن الحفظ والإمساك حق له، فكان ما يلزم فيه من الغرم عليه.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في الراهن والمرتهن إذا اختلفا في مأوى البقر والغنم والدوابّ الذي تأوي إليه، فإن كان عند المرتهن سعة فهو في منزله، وإن أبى ذلك تكارا، وكان الكِراء على الراهن.

ووجه ذلك: أن من لزمه نفقة الحيوان في مأكله، لزمه[2] في حفظه وأجرة موضعه كالمودع، وأما ما يلزم لرد العين إلى يد المرتهن فهو جعل الآبق، وذلك لازم للمرتهن إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء.

وإن كانت قيمة الرهن أكثر، كان على المرتهن بقدر المضمون، وعلى الراهن بقدر الأمانة؛ وذلك لأن الجعل إنما يجب بإعارة يد المرتهن، وذلك حق

(١) في ب (غير مملوكة له) والمثبت من أ.

(٢) في أ (ملكه).

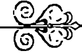
له، فكان عليه، فأما حصة الأمانة فهو فيها كالمودع فيكون على مالكه، وليس هذا كأجرة المسكن أن جميعها على المرتهن وإن كان في الرهن فضل، فإنها تلزم لأجل الحبس الذي هو حقه، وحقه في حبس الأمانة كحقه في حبس المضمون.

وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: أن الجعل في رقبة العبد [إن أدّاه] الراهن حسب قضاء من دين المرتهن، وإن أدّاه المرتهن فإنما أصلح رهنه؛ ودينه على حاله ثابت، وهذا إذا كانت القيمة والدين سواء فجعل حاصل الضمان في الجعل على المرتهن، إلا أنه عَلَّقه برقبة العبد؛ لأنه وجب بسبب من جهته وهو الإباق، فصار كالجناية.

وأما النفقة التي تجب لرد جزء من العين فهي مداواة الجِراحة بالحيوان والقروح ومعالجة الأمراض، فمن حكمها أن تنقسم، فما كان في حصة المضمون فعلى المرتهن، وما أصاب الأمانة فعلى الراهن؛ وذلك لأن المرتهن يصلح بالنفقة حقه، ألا ترى أن ما يفوت من الرهن يذهب من دينه، فإذا عاد سَلَّم له الدين بكماله، وإذا كان في ذلك إصلاح حقه كان عليه، فأمّا حصة [٣٨٦/أ] الأمانة، فالمرتهن فيها كالمودع، فيكون على المالك.

قال أبو الحسن: وما نما من الرهن من ولد أو لبن أو صوف أو شعر أو وبر أو ثمر فهو رهن كله مع الأصل، والكلام في [هذه المسألة] يأتي في الباب الثاني.

قال: فإن أراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا أنها عليه فيما نما من الرهن فليس له ذلك، وللمرتهن أن يمسك جميع ذلك؛ [وذلك] لأن النماء داخل في الرهن، فلا يجوز للراهن أن يجعل النفقة فيه كما لا يجوز له أن يجعلها في نفس الرهن.

قال: ويبيع ما يخاف فساده من ذلك بإذن الحاكم، ويمسك الثمن مع جميع الثمار هنا في يده، وتكون النفقة على الراهن في ماله خاصة؛ وذلك لأن الثمر إذا لم يمكن تبقيته ـ والمرتهن مأمور بحفظه ـ لم يقدر على حفظه إلا بالبيع، ويبيع بأمر الحاكم؛ لأن الراهن لا يقدر على البيع، فولى الحاكم فيه كما يلي على مال الغائب.

قال: فإن باع المرتهن شيئًا من ذلك بغير أمر القاضي ضمن، وذلك لأنه باع ملك الغير بغير أمره ولا ولاية له عليه.

قال: والخَرَاج على الراهن خاصة؛ لأنه مؤنة تلزم المالك لأجل ملكه، فصارت كالنفقة.

قال: والعُشْرُ في الغَلَّة فيما يخرج من الزرع والثمر، يأخذ ذلك الإمام، ويكون ما بقي رهنًا على حاله، ولا يفسد ذلك الرهن؛ لأن العشر يتعلق وجوبه بالعين، فقدم على حق المرتهن كحق المستحق، وإنما لا يبطل الرهن في الباقي؛ لأن وجوب العُشْر لا يمنع من ملك الراهن في مقدار العشر، ألا ترى أنه لو باع جاز بيعه، ولو أعطى من غيره جاز، فلم يؤد ذلك إلى الإشاعة في الأصل، وجرى مجرى انتقال الملك بسبب طارئ، وليس كذلك الاستحقاق؛ [لأنا نتبيّن به][1] عدم الملك في الأصل.

قال: والفداء من الجناية والدين الذي يلحق الرهن كجعل الآبق؛ وذلك لأن جناية المضمون في يد الضامن تجري مجرى جناية الضامن [عليه]، فيكون من ماله، وأما جناية الأمانة فهي كجناية الوديعة، فيكون على الراهن.

(١) في ب (لأنه) والمثبت من أ.

قال أبو يوسف: وإن لم يفد في الجعل ولا في الدين بعته وقضيت الجعل والدين، وما بقي من ثمنه فهو رهن؛ لأن البيع بالدين مستحق، وما فضل عن مقدار الدين فكأنه لم يتعلق [به شيء](١) في الأصل، فيعود إلىٰ الرهن.

قال: وكل ما وجب علىٰ الراهن ففعله المرتهن فأداه بغير إذن الراهن فهو متطوع؛ وكذلك ما وجب علىٰ المرتهن فأدّاه الراهن بغير إذنه فهو متطوع؛ لأنه قضىٰ دين غيره بغير إذنه.

وقال: وإن أنفق المرتهن النفقة التي تجب علىٰ الراهن بقضاء قاضٍ رجع بها، وكذلك الراهن إذا أخرج من ماله ما يجب علىٰ المرتهن بأمر قاض رجع به؛ وذلك لأن القاضي له ولاية علىٰ كل واحد منهما، فإذا امتنع من الإنفاق [أَضَرّ بالآخر](٢)، فجاز للقاضي أن يأذن ويجعل ذلك دينًا عليه.

(قال: وكذلك إن أمر كل واحد منهما، فإذا امتنع من الإنفاق، فأمر الآخر بالإنفاق، فجاز للقاضي أن يأذن ويجعل ذلك دينًا)(٣).

قال: وكذلك إن أمر كل واحد منهما صاحبه أن يدفع ما وجب عليه، كان جائزًا ويلزم الآمر ما فعله الآخر؛ لأنه إذا أذن صار الآخر وكيله في الإنفاق، فيرجع عليه بحكم [٣٨٦/ب] الوكالة.

قال ابن شجاع: أخبرني الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: إذا كان الراهن غائبًا فأنفق المرتهن بقضاء قاض رجع عليه، وإذا كان

---

(١) في ب (بدين) والمثبت من أ.
(٢) في ب (فأمر الآخر بالإنفاق) والمثبت من أ.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من أ، وهي مكررة.




حاضرًا لم يرجع عليه.

وقال أبو يوسف فيهما جميعًا: يرجع [سواءً كان حاضرًا أو غائبًا.

قال:] وهذا فرع على اختلافهم في الحجر، فعند أبي حنيفة: [أن الحاكم لا يلي على الحاضر][1]، فيجبره على النفقة، فإذا أذن للآخر لم يصر دينًا عليه؛ لأنه كان يقدر على إيفاء حقه بإلزام من عليه الحق، فإذا كان غائبًا تعذر الحكم عليه، ولذلك ولي عليه في الإذن.

وعلى قول أبي يوسف: القاضي يلي عليه عند الامتناع مع الحضور، فإذا أذن صار ذلك دينًا.



(١) في ب (أن الحاضر لا يلي الحاكم عليه) والمثبت من أ.

بَابٌ آخَر



قال أبو الحسن: وإذا رهن رجلان رجلاً بدين عليهما رهنًا واحداً، وهو عبد أو عبدان والدين عليهما في صفقة واحدة، أو [كان] على كل واحد منهما دين على حدة، فذلك جائز، فإن أدى أحدهما ما عليه، لم يكن له أن يقبض من الرهن شيئًا، وللمرتهن أن يمسك بجميع الرهن حتى يستوفي جميع الدين؛ وذلك لأن رهن الاثنين من الواحد يحصل القبض [فيه] من غير إشاعة، فصار كرهن الواحد من الواحد، ولا معتبر باختلاف الدين واتفاقه، وإنما المعتبر بإنفاق صفقة الرهن، [ولو رهن بدين واحد عينًا في صفقتين لم يجز؛ لاختلاف][1] صفقة الرهن، فَدَلَّ على أن اختلاف صفقة الدين لا يؤثر.

فأما إذا أدّى أحدهما فليس له أن يأخذ نصيبه؛ لأن في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الإمساك، وهذا لا يجوز، كما لو كان الراهن واحدًا.

قال: وكذلك لو ارتهن رجلان من رجل رهنًا بدين لهما عليه هما فيه شريكان، أو لكل واحد منهما دين عليه لا شركة لصاحبه فيه، فإن الرهن أيضًا جائز؛ وذلك لأن المقصود بالرهن الوثيقة، ويمكن أن يجعل الرهن جميعه وثيقة لهذا، وجميعه وثيقة لهذا، فلا يؤدي ذلك إلى الإشاعة، فيصح الرهن.

وليس هذا كهبة الواحد من الاثنين عند أبي حنيفة؛ لأن المقصود بالهبة الملك، ويستحيل أن يكون جميع العين ملكًا لهذا؛ ولهذا فلابد أن يكون كل

---

(١) في ب (ألا ترى أن الواحد إذا رهن الواحد رهنًا بدينين بيتًا في صفقة جاز) والمثبت من أ.

واحد منهما مالكًا للنصف ، فيحصل قبضه في مشاع ، فلا تصح الهبة .

قال : فإن أدّىٰ الراهن إلىٰ أحد المرتهنين ما له عليه ، وأراد أن يقبض بعض الرهن فليس له ذلك ، وللمرتهن الآخر أن يمسك جميع الرهن حتىٰ يستوفي ما له علىٰ الراهن ؛ لما بيّنا أن جميع العين رهن عند كل واحد منهما ، فإذا استوفىٰ أحدهما بقيت العين رهنًا عند الآخر بحالها ، وعلىٰ هذا حبس المبيع إذا اشترىٰ الاثنان من الواحد ، فأدّىٰ أحدهما حصته من الثمن ، كان للبائع أن يحبس المبيع بنصيب الآخر ، وإذا اشترىٰ الواحد من الاثنين فأدّىٰ إلىٰ أحدهما لم يكن له أن يقبض نصيبه



بَابُ
الرهن يكون منه النماء



قال أبو الحسن: إذا رهن الرجل حيوانًا، أو رقيقًا، أو أرضًا فيها شجر، أو كرم، أو نخل، فحدث من الحيوان أو الرقيق ولد [٣٨٧/أ] أو لبن أو صوف أو وَبَر أو شَعْر، فذلك كله رهن مع الأصل، للمرتهن حبسه حتىٰ يستوفي جميع دينه، ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك، والنماء ليس بمضمون علىٰ المرتهن، والأصل هو المضمون، وإن تلف النماء في يد المرتهن ذهب بغير شيء، والرهن علىٰ حاله بجميع الدين.

وقال الشافعي: النماء المنفصل لا يدخل في الرهن، وللراهن أخذه والانتفاع به.

لنا: أن حق المرتهن مستقر في [الرقبة](١)، بدلالة أنه ينتقل إلىٰ القيمة، ويثبت للوارث، والحقوق المستقرة في الرقاب(٢) تسري إلىٰ النماء منها كحق الملك والاستيلاد.

وليس كذلك ولد المستأجرة؛ لأن الحق لا يتعلق بالرقبة، وإنما يتعلق بالمنفعة، وليس كذلك الموصىٰ بخدمتها؛ لأن الحق فيها ليس بمستقر، ألا ترىٰ أنه لا ينتقل إلىٰ الوارث، ولا ينتقل إلىٰ القيمة في الحقيقة أيضاً؛ لأنهم قالوا: لو جنىٰ عليها جناية لا توجب نقصان منفعتها أخذ الورثة أرشها، ولم يثبت للموصىٰ

(١) في ب (العين) والمثبت من أ.

(٢) في أ (العين).

له فيه حق.

وإنما قالوا: ينتقل الحق إلىٰ القيمة إذا قتلت أو نقصت المنافع بالجناية؛ لأن حقه في خدمتها تعلقت بالتركة، فصار كما إذا أوصىٰ له بخدمة عبد مطلق، وليس هذا كولد [الجارية][1]؛ لأن الحق ليس بمستقر في رقبتها، بدلالة أن للمالك أن ينقله إلىٰ ذمته ويتصرف فيها.

وأما قوله: إن النماء ليس بمضمون علىٰ المرتهن؛ فلأنه دخل في العقد علىٰ طريق التبع، فلا يسقط بهلاكه شيء، كولد المبيعة.

قال: ويقسم الدين علىٰ قيمة الرهن يوم وقع [العقد] عليه وعلىٰ ما نما منه يوم يفتك، هذه حقيقة القسمة، فما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو علىٰ الظاهر إلىٰ أن ينظر ما تؤول إليه قيمة النماء يوم الفكاك، وإنما اعتبر في [القسمة بقيمة][2] الرهن يوم القبض؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض، فتعتبر قيمته عند القبض كالغصب، والمقبوض علىٰ سوم البيع، فأمّا النماء [فإنما يتبيّن][3] حصته من الضمان بالفكاك، ألا ترىٰ أنه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء، فاعتبرت قيمته حين حصلت له الحصة.

وهذا كما قالوا في نماء المبيع، أن الثمن ينقسم علىٰ قيمة المبيع يوم البيع؛ لأنه صار مضمونًا بالعقد، وعلىٰ قيمة النماء يوم القبض؛ لأنه يدخل في ضمان المشتري بالقبض.

---

(١) في ب (الجناية) والمثبت من أ.

(٢) في ب (قيمة) والمثبت من أ.

(٣) في ب (يصير له) والمثبت من أ.

فأما قوله: وما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر، فإنما يريد به أن المرهونة إذا كانت قيمتها ألف درهم وهي رهن بألف، فولدت ولدًا قيمته ألف، فالدين ينقسم في الظاهر نصفين، ويجوز أن تزيد قيمة الولد أو تنقص، فتتغير هذه القسمة[1] ولا يتغير نقصان قيمة الرهن من سعر ولا بدن ولا زيادة؛ وذلك لأن المعتبر بقيمته يوم القبض، فما حدث بعد ذلك لا [يغير][2] الضمان.

وأما الولد فإنما تعتبر قيمته يوم الفكاك، فلذلك تغير حكمه بالزيادة والنقصان.

قال: ويعتبر ذلك: رجل رهن رجلاً أمةً قيمتها ألف درهم بألف ردهم، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، فالدين الآن في الظاهر نصفان، نصف فيها ونصف في ولدها، وهذا على ما بيّنا.

قال: فإن مات الولد ذهب بغير شيء، وكانت الأم رهنًا بجميع الدين؛ لما بيّنا أن الولد دخل على طريق التبع، فلا يسقط بهلاكه شيء، فصار بعد الهلاك كأنّه لم يكن.

قال: فإن [ماتت][3] بعد موت الولد ذهبت بجميع الدين، وإن ماتت قبل الولد ذهبت [٣٨٧/ب] بنصف الدين، وافتك الراهن الولدَ بنصف الدين؛ [وذلك] لأنها إذا ماتت بعد موت الولد، فكأن الولد لم يكن، فيسقط الدين بهلاك الأم، وإن ماتت قبله فقد صار للولد حصة بالفكاك فيسقط من الدين بقدر قيمة الأم وهو النصف.

---

(١) في أ (القيمة).

(٢) في ب (تعتبر) والمثبت من أ.

(٣) في ب (لم تمت) والمثبت من أ.

قال: فإن لم يفكه الراهن حتى مات بعد أمه [فقد] ذهب بغير شيء، وصار كأنّه لم يكن، وذهبت الأم بجميع الدين؛ [وذلك] لما بيّنا أنه لا حصة للولد قبل الفكاك، فإذا مات فكأن لم يكن، فيحكم بأن الأم هلكت بالدين.

قال: فإن لم يمت واحد منهما حتى جاء الراهن يفتك الرهن، وقد نقصت قيمة الأم في السعر أو في البدن، فصارت تساوي خمسمائة، أو زادت فصارت تساوي ألفين وقيمة الولد على حالها، فالولد بنصف الدين على ما كان، والأم بنصفه، ولا يلتفت إلى زيادة قيمة الأم بالشعر ولا غيره؛ وهذا لما بيّنا أن قيمة الأم تعتبر يوم القبض، فما حدث بعد ذلك فلا يعتبر.

قال: فإن كانت الأم على حالها الأولى أو على حالها في نقصان السعر وزيادته، وجاء الراهن يفتك قيمة الولد يومئذٍ خمسمائة لنقصان في السعر أو لعيب دخله في بدنه، عور أو شلل أو مرض: فإن [قيمته في][1] الدين الثلث، وفي الأم الثلثان؛ وهذا على ما بيّنا أن قيمة الولد تعتبر يوم الفكاك، فإذا كانت خمسمائة [وقيمة] الأم يوم القبض ألف، انقسم الدين على ذلك، فكان أثلاثًا، ولم يعتبر الاختلاف في غيرها بين الحالتين.

قال: وإن كانت قيمته زائدة يوم الفكاك، فصارت ألفين بسعر وبدن، كان في الولد ثلثا الدين، وفي الأم الثلث؛ ذلك لأن الاعتبار في الولد بحال الفكاك، فإذا كانت قيمته ألفين وقيمة الأم يوم القبض ألفًا ففي الولد الثلثان، وفي الأم الثلث.

قال: فإن كانت الأم لما ولدت الولد وقيمته مثل قيمتها، اعورت بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها، ذهب من الدين بعَوَرها [ربعه] وقيمته مائتان

---

(١) في ب (لم تمت) والمثبت من أ.

وخمسون ؛ [وذلك] لأن قيمة الولد لما ساوت قيمتها انقسم الدين فيهما نصفين ، والعين منها النصف ، فذهب نصف ما فيها ، وهو ربع الدين .

وإنما استوىٰ في العور أن يكون قبل الولادة أو بعدها ؛ لأن نقصان الرهن يوجب الاستيفاء ، [والاستيفاء] الفسخ إذا وقع بمباشرة ، كمن قبض دينه فوجده زيوفًا فرده ، فكذلك الاستيفاء إذا وقع(١) من طريق الحكم يجوز أن يلحقه الفسخ .

فإذا كان كذلك فالاعورار قبل الولادة كالاعورار بعدها [سواء] ؛ لأن ما يتعلق [به من] الاستيفاء يجوز أن [يتغير](٢) بحدوث الولادة ، وليس هذا كالمبيعة ؛ لأنهم قالوا: إذا باع جارية بألف تساوي ألفًا فاعورت ثم ولدت ولدًا يساوي ألفًا ، فإن الولد بثلث الألف ، والأم بسدسها ؛ [وذلك] لأنه سقط بالعور نصف الثمن ، فلما ولدت ولدًا قيمته ألفًا انقسم ما بقي بينهما أثلاثًا .

ولو كانت ولدت ولدًا ثم اعورت وذهب بالعور ربع [الثمن](٣) ؛ لأن ما فيها انقسم بينها وبين ولدها ، فذهب بعورها نصف ما فيها(٤) .

وإنما [فارق](٥) البيع الرهن إن كان العور قبل الولادة ؛ لأن العور ينفسخ فيه البيع ، وما انفسخ في البيع لا يعود بعد ذلك ؛ فلهذا لم يتغير حكمه [٣٨٨/أ] بالولادة ، وهلاك الرهن يقع به الاستيفاء ، وذلك يجوز أن يتغير .

---

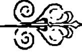
(١) في أ (إذا يلحقه) والمثبت من ب .

(٢) في ب (يتعلق) والمثبت من أ .

(٣) في ب (الدين) والمثبت من أ .

(٤) في أ (أصابها) .

(٥) في ب (قارب) والمثبت من أ .

قال: فإن مات الولد وقد اعورت الأم قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين؛ لأن الولد صار كأن لم يكن، فيبقىٰ جميع الدين في الأم، فيسقط بعورها نصفه.

قال: فإن اعور الولد لم يذهب بعوره شيء؛ لأنه لو هلك لم يسقط بهلاكه شيء، فكذلك بنقصانه، إلا أن ثلث الدين في الظاهر في الولد؛ لأن قيمته نصف قيمة الأم.

قال: فإن كانت قد اعورت قبل الولادة أو بعدها أو قبل اعورار الولد أو بعده ذهب باعورارها أيضًا ثلث الدين؛ لأن قيمتها يوم العقد ألف، وقيمة الولد يوم يفتك وهو أعور خمسمائة، ففيها ثلثا الدين، فلما اعورت ذهب نصف ذلك، وهذا ثلث الدين، فيفتكها وولدها بثلثي الدين.

قال: وإن ولدت الأمة الرهن ولدين، أو ثلاثة معًا أو واحدهم بعد الآخر، فالقسمة علىٰ قيمتها[1] يوم العقد وعلىٰ قيمتهم يوم الفكاك، [وهم] والولد الواحد سواء؛ لأنهم نماء منها، فحكم الجماعة حكم[2] الواحد [سواء].

فإن ولدت الأمة ولدًا ثم ولدت الولد ولدًا، فكأنهما في الحكم ولدان [للأولىٰ][3]، يقسم الدين علىٰ ذلك، ولا يقسم علىٰ الجدة، وعلىٰ الولد الأول، ثم يقسم ما في الولد الأول عليه وعلىٰ ولده؛ وذلك لأن الولد ليس بمضمون فيتبعه ولده في حكمه، وإنما الأم هي المضمونة، فولد[ها وولد] ولدها تابع لها.

---

(١) في ب (ثمنها) والمثبت أ.

(٢) في أ (فحكمهم وحكم الولد سواء).

(٣) في ب (كالأول) والمثبت من أ.

قال: فإن رهن أمة بألف قيمتها ألف فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم إن الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدًا يساوي ألفًا، فذلك جائز، وهو رهن مع الولد خاصة، وما في الولد مقسوم على الولد وعلى العبد الزيادة؛ [وذلك] لأن الزيادة في الرهن جائزة عندنا استحسانًا، والكلام فيها يأتي في باب الزيادة، والولد داخل في الرهن.

فإن زاد فيه جاز كما لو زاد في الأصل، ولا تدخل الزيادة مع الأم؛ لأن الراهن لم يرض بدخولها معها، وإنما رضي بدخولها مع الولد، وليس هذا كولدها؛ لأنه يدخل حكمًا فيلحق بالأصل المضمون في الحقيقة، وهاهنا يدخل شرطًا فيثبت على الوجه الذي شرط.

وإذا ثبت أنه داخل مع الولد خاصة، نظرت إلى قيمة الولد يوم الفكاك وقيمة الأم يوم القبض، فقسمت الدين على ذلك، فما أصاب الولد قسمته على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها؛ لأنها دخلت في الضمان بالقبض.

قال: وإن مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لما بيّنا أن الولد إذا هلك خرج من العقد [وصار] كأن لم يكن، والزيادة لا تصح إلا مع صحة المزيد عليه، فإذا بطل بطلت.

قال: فإن كانت الزيادة مع الأم فكانت معها دون الولد؛ لما بيّنا أن الراهن لم يرض أن (يدخلها إلا في جملة)[1] الأصل فيثبت على الوجه المشروط، ويقسم الدَّين على قيمة الأم يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها، فما أصاب

(١) في أ (أن يؤديها إلا في حكم الأصل).

الأم قسم عليها وعلى ولدها ؛ لأن الزيادة لما أدخلت على الأم ، فكأنّها كانت في أصل العقد [معها] ، فتقسم حصتها [عليهما] ويكون الولد داخلاً في حصة [٣٨٨/ب] الأم خاصة .

قال: فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها [خاصة] وتبقى الزيادة والولد مما فيهما ؛ لأن موت الأم لا يوجب بطلان العقد فيها ، وإنما موتها إتمام للعقد ؛ لأن الاستيفاء يقع به ، وإذا تم العقد فيها لم تبطل الزيادة عليها .

قال: فإن مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء ، وكأن العبد زيد في الأمة ، ولا ولدها [معها] ، ففيه من الدين على قدر قيمته يوم زيد ، وقيمة الأم يوم وقع العقد عليها ، لأن هلاك الولد يجعله كأن لم يكن ، فيسقط حكمه من العقد ، وتبقى الأم والزيادة . والله تعالى أعلم .



بَابُ
في تسليم الرهن عند قبض المال



قال أبو الحسن: وإذا كان لرجل علىٰ رجل آخر ألف درهم فرهنه بها جارية، فلما حلَّ المال أراد صاحب المال قبض ماله من الراهن، فأبىٰ الراهن أن يدفع المال حتىٰ يحضر المرتهن الجارية، فذلك للراهن، ويقال للمرتهن: أحضر الرهن، فإذا أحضره قيل للراهن: سَلِّم الدين أولاً ثم اقبض الجارية، وهذا بمنزلة البيع.

قال: والأصل في هذا أن تسليم الدين يجب تقديمه علىٰ تسليم الرهن؛ لأن الرهن وثيقة للاستيفاء، فلو سلمناه قبل الاستيفاء بطل معنىٰ الوثيقة المقصودة منه؛ ولأن من حق المرتهن أن يكون أولىٰ بالرهن من سائر الغرماء، فإذا سَلَّم الرهن جاز أن يموت الراهن في الحال، فيصير المرتهن أسوة الغرماء، وفي هذا إبطال حقه، إلا أن الراهن لا يلزمه تسليم الدين إلا بعد إحضار الرهن؛ لأنه يجوز أنه قد هلك وسقط الدين ولا يتعين وجوب تسليم الدين إلا بعد إحضار الرهن، ولأنّ الراهن إذا دفع الدين وجب أن يقبض الرهن، فإذا لم يكن حاضرًا تأخر حقه، وهذا لا يصح.

وعلىٰ هذا قال أصحابنا في البيع: إن المشتري يلزمه تسليم الثمن أولاً، إلا أنه لا يسلمه حتىٰ يحضر [البائع] المبيع؛ لجواز أن يكون قد هلك وسقط الثمن، ولجواز أن يكون دخله عيب يثبت للمشتري الخيار.

قال: ولو كان الراهن سلط المرتهن في عقد الرهن على بيع الرهن عند محلّ المال، فباعه المرتهن عند محل المال بمائة دينار، وقبضها ليصرفها ويقبض دينه، ثم إن المرتهن أخذ الرهن بماله، فأبى الراهن أن يدفع إليه الألف، وقال: ادفع إليّ المائة دينار والتي قبضت، وقال: لا أدفع الألف حتى تدفع إلي المائة دينار، فأبى الراهن أن لا يدفع حتى يحضر الدنانير؛ وذلك لأن الرهن تحول من الجارية إلى الثمن، فصارت الدنانير هي الرهن، ولهذا يسقط الدين بهلاكها، فوجب إحضارها وتقديم تسليم الدين على تسليمها على ما بيناه في أصل الرهن.

قال: ولو أن رجلاً قتل الجارية الرهن ولم يكن المرتهن باعها، فقضى القاضي على عاقلة القاتل بقيمتها في ثلاث سنين، وحَلَّ المال، فطلب المرتهن أخذ دينه من الراهن، فأبى الراهن أن يدفعه إليه حتى يدفع إليه قيمة الجارية، أو يحضر ذلك، فإذا قبض دينه دفع القيمة، والقيمة التي قضى بها القاضي دنانير، فإنه ليس للمرتهن أن يقبض [دينه] حتى يحضر القيمة، فإذا قبض دينه دفع القيمة؛ وذلك لأن القيمة قامت مقام الجارية، فحكمها حكمها؛ ولأنها بدل عنها [٣٨٩/أ] كالثمن.

قال: ولو كانا جعلا الرهن على يدي عدل، وجعلا للعدل أن يضعه عند من أحب، فاختصما وقد جعله العدل عند رجل، فطلب الذي له المال أخذ المال من الراهن، فأبى الراهن أن يدفع إليه المال حتى يرد عليه الرهن، فإن الراهن يدفع [إليه] المال، ولا يكلف الذي له المال أن يدفع إليه شيئًا لم يدفع(١) إليه؛ وذلك لأن الراهن لم يرض بيد المرتهن، ولا يجوز أن يلزمه تسليم ما ليس في يده.

(١) في أ (يقبض).

قال محمد: ألا ترىٰ أن المرتهن لو أخذ الجارية من العدل فهلكت في يده، ضمن قيمتها بالغة ما بلغت، (فكيف يلزمه)[1] الحاكم تسليم شيء لو أخذه كان غاصبًا.

قال: ولو كانت الجارية في يد المرتهن لم يجعلاها علىٰ يد عدل، فالتقىٰ الراهن والمرتهن في بلدٍ آخر وقد حَلَّ المال، فطالبه المرتهن بدينه، وأبىٰ الراهن أن يسلم إليه الدين حتىٰ يحضر الرهن، فإن الراهن يؤمر بدفع المال إلىٰ المرتهن؛ وذلك لأن المرتهن لا يلزمه أن يسافر بالرهن، ألا ترىٰ أنه يضمن بالسفر في قول بعض الفقهاء، [ويلزمهم][2] المؤونة في النقل، وإذا لم يجب عليه تسليم الرهن هاهنا لم يطالب به.

فأمّا الدَّين فإذا حَلَّ لم يختص تسليمه بمكان دون مكان إذا كان مما لا حمل له [ولا مؤونة] ولذلك وجب أداؤه.

قال في الكتاب من قبل: أنه لو حمله وله حمل ومؤونة كان ضامنًا، وهذا علىٰ الرواية التي قال أبو يوسف: أن المُوْدَع لا يسافر بالوديعة إن كان لها حمل [ومؤونة].

قال: ولو أن الراهن ادعىٰ أن الجارية قد ماتت وأنه قد برئ من الدين، وقال المرتهن: لم تمت، [وهي علىٰ حالها]، فإن المرتهن يحلف البتة ما ماتت، ولا يقبل منه اليمين علىٰ علمه، وإنما وجب عليه اليمين؛ لأن الراهن يدَّعي الإيفاء والمرتهن يجحد، واليمين علىٰ البتات؛ لأن الراهن يدعي عليه الاستيفاء بفعله،

(١) في أ (قال محمد الحاكم).
(٢) في أ (ويلتزم).

ألا ترىٰ أن الرهن إذا هلك صار المرتهن مستوفيًا بالقبض، فلذلك كانت اليمين علىٰ البتات.

قال: ولو كانت الجارية علىٰ يد عدل فادّعىٰ الراهن أنها قد ماتت، وقال المرتهن أنها لم تمت، فإن المرتهن يحلف علىٰ علمه في [هذا الوجه و]هذا كله رواية عن محمد؛ لأن الراهن يدعي علىٰ المرتهن الاستيفاء بقبض العدل، فصار كمن ادعىٰ علىٰ صاحب الدين أنه وَفّىٰ وكيله، فيحلف علىٰ علمه، كذلك هذا. والله تعالىٰ أعلم.



بَابُ
جناية الرهن



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل عبدًا قيمته ألف درهم بألف درهم ، فقتل العبد قتيلاً خطأً ، فضمان الجناية علىٰ المرتهن ؛ لأن العبد كله في ضمانه ، فيقال للمرتهن: افده من الجناية ، فإن فداه صَحَّ رهنه ، وكان دينه علىٰ الراهن علىٰ حاله ، وليس للمرتهن دفع العبد علىٰ حال.

وإنما ابتدئ في الجناية بالمرتهن ؛ لأنا لو خاطبنا الراهن في الجناية لجاز أن يختار الدفع ، فيمنعه المرتهن من ذلك ؛ لأن حقه أن يقول: أنا أفدي حتىٰ أصلح رهني ، فلهذا وجبت البداية به في الخطاب.

فإذا فدىٰ فقد أسقط الجناية عن رقبة العبد ، فكأنها لم تكن ، فبقي الدين في الرهن علىٰ حاله ، ولا يرجع علىٰ الراهن بشيء من الفداء ؛ لأن العبد كله مضمون ، وجناية المضمون كجناية الضامن.

ولو رجع علىٰ الراهن رجع الراهن عليه ، وإنما لم يملك المرتهن الدفع ؛ لأن الدفع تمليك الرقبة ، وهو لا يملك الرقبة.

قال: فإن أبىٰ المرتهن أن يفدي ، قيل للراهن: ادفع العبد أو افده بالدية [٣٨٩/ب] ؛ لأنه مالك للرقبة ، والخطاب بحكم الجناية يتوجه إلىٰ المالك ، وإنما بدأنا بالمرتهن لما له في الفداء من الحق ، فإذا امتنع من الفداء طولب الراهن بحكم الجناية ، ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء.

فإن اختار الدفع سقط دينه ؛ لأن العبد استحق بسبب كان في يد المرتهن ، فسقط الدين بالهلاك ، وكذلك إن فداه ؛ لأنه استحق عليه بدل العبد ، واستحقاق البدل كاستحقاق المبدل .

قال: ولو استهلك العبد الرهن مالاً يستغرق رقبته[١] ، فإن أدىٰ المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه علىٰ حاله ، وإن أبىٰ أن يؤدي قيل للراهن: بعه في دينه ، إلا أن يختار أن يؤدي عنه الدين ، فإن أدىٰ الراهن الدين الذي لزم العبد ، بطل دين المرتهن [عن الراهن] .

وإن لم يؤد بِيعَ العبد في دينه [الذي لحقه] ، فيأخذ صاحب الدين الثمن بدينه ، فإن كان ما أخذ غريم العبد من ثمن العبد مثل دين المرتهن علىٰ الراهن أو أكثر بطل دين المرتهن ، وكان ما بقي من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين الغريم استوفىٰ [الغريم][٢] دينه ، وما [فضل][٣] من ثمن العبد للمرتهن إن كان الدين حالاً ، وإلا أمسك ما فضل من ثمن العبد رهنًا في يده إلىٰ أن يحلَّ الدين ، فيأخذه قصاصًا بدينه .

وإنما قلنا: إن حق ولي الجناية وحق ولي دين العبد يقدم علىٰ حق المرتهن ؛ لأن حقهما يقدم علىٰ حق (المالك ، وهو أقوىٰ من حق المرتهن ؛ فلأن يقدم علىٰ حق)[٤] المرتهن أولىٰ .

[وإنما] خوطب المرتهن بأداء الدين ؛ لأنا لو خاطبنا الراهن به جاز أن يختار

---

(١) في أ (قيمته) .

(٢) في ب (المرتهن ما بقي من دينه) والمثبت من أ .

(٣) في ب (حصل) والمثبت من أ .

(٤) ساقطة من أ .

البيع فيمنعه المرتهن، ويقول: أنا أُؤَدّي الدين ليحصل[١] لي الرهن؛ [فلذلك بدأنا به]، فإن أدى الدين فقد سقطت المطالبة، فكأنّ الدين لم يكن، فبقي رهنه بحاله، وإن لم يؤد سقط [حقه وعاد الخطاب بأداء الدين][٢] إلى المالك.

فإن باع العبد في دينه ودينه مثل دين المرتهن أو أكثر، فقد استحقت الرقبة بسبب كان في يد المرتهن، فسقط دينه، وإن أدى الدين سقط حق المرتهن؛ لأن ذلك استحق عليه بسبب كان في يد المرتهن، فكأن الرقبة[٣] استحقت.

وأما إذا كان دين العبد أقل من دين المرتهن، سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد؛ لأن ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن، وما بقي من ثمن العبد لا دين فيه، فيبقى في يد المرتهن رهنًا بما بقي من حقه.

فإن كان دينه قد حَلَّ فلا يحبس[٤] الدراهم بالدراهم، فيستوفيه، وإن كان دينه لم يحلّ يمسك الباقي حتى يحل دينه.

قال: وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين [الغريم][٥]، أخذ الثمن ولم يكن له أن يرجع بما بقي من الدين على أحد حتى يعتق العبد، فإذا عتق رجع عليه ولم يرجع العبد على أحد بشيء؛ وذلك لأن المستحق على المولى في ديون العبد رقبة العبد، إلا أن يختار قضاء الدين، فإذا استوفيت الرقبة لم يبق عليه حق.

ولا يمكن مطالبة العبد في يد المشتري؛ لأن الدين سقط عن رقبته فتأخر

(١) في أ (ليخلص).
(٢) في ب (حكمه فصار الخطأ بالدين) والمثبت من أ.
(٣) في أ (الذمة).
(٤) في أ (فلا معنى كحبس).
(٥) في ب (العبد) والمثبت من أ.

الباقي إلىٰ حال الحرية ، فإذا أداه العبد لم يرجع به علىٰ أحد ؛ لأنه أدىٰ دين نفسه الواجب بفعله.

قال: فإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف ، صار نصف الجناية في ضمان الراهن ، ونصفها في ضمان المرتهن ، فيقال لهما: افديا ، فإن فديا كان العبد رهنًا علىٰ حاله ؛ [وذلك] لأن نصف العبد مضمون ونصفه أمانة ، وحكم الجناية في الأمانة [٣٩٠/أ] يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع ، وحكمها في المضمون متعلق بالراهن[1] ؛ فلذلك قيل لهما: افديا.

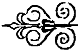
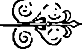
قال: وإن أجمعا علىٰ الدفع ، دفعا وبطل دين المرتهن ؛ [وذلك] لأن الرقبة استحقت بسبب كان في يده.

وقوله: دفعا تجوّز ؛ لأن الدفع تمليك ، ولا يملكه المرتهن ، وإنما يعني [به أن] المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء ، فدفع الراهن وأضاف الدفع إليهما ؛ لأنه تم باختيارهما ، وإن لم يتم بفعلهما.

قال: وإن تشاحّا ، فقال المرتهن: أنا أفدي ، وقال الراهن: أنا أدفع ، فللمرتهن أن يفدي ويمسك العبد ، فإن فداه بالدين فهو متطوع [فيما فدىٰ] فيما كان يلزم الراهن في قول أصحابنا جميعًا ؛ وذلك لأن الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن ، والمرتهن بالفداء يحفظ حقه ولا يسقط حقًا للراهن ، فكان اختياره أولىٰ ، ويكون متطوعًا في حصة الأمانة ؛ [وذلك] لأنه التزم الفداء في حصة الأمانة لحفظ حقه في المضمون ، وقد كان يقدر أن لا يلتزم الفداء حتىٰ يخاطب الراهن [به] ، فلما التزمه صار متبرعًا ، وهذا علىٰ الرواية التي يقول فيها: إنه إذا

---

(١) في أ (بالمرتهن).

فدىٰ مع غيبة الراهن رجع عليه بحصة الأمانة، وإذا فدىٰ مع حضوره لم يرجع.

فأما علىٰ الرواية الأخرىٰ: فينبغي أن يرجع عليه بحصة الأمانة؛ لأنه لا يقدر علىٰ إصلاح حقه في المضمون إلا بفداء الأمانة.

قال: فإن قال الراهن: أنا أفدي، وقال المرتهن: أنا أدفع، فليس الدفع إلىٰ المرتهن، وللراهن أن يفديه ويبطل دين المرتهن، ويخرج العبد من الرهن، ويأخذه الراهن؛ [وذلك] لأن اختيار المرتهن للدفع مع اختيار الراهن الفداء لا فائدة فيه للمرتهن؛ لأن دينه يسقط بالدفع كما يسقط بالفداء، إلا أنه بالدفع يسقط حق الراهن عن الرقبة، وقد يكون للراهن غرض في التزام الفداء حتىٰ تسلم له الرقبة، فلم يجز للمرتهن تفويت ذلك الغرض من غير فائدة ترجع إليه.

قال: فإن أبىٰ المرتهن أن يفدي، وفدىٰ الراهن فإنه يحتسب علىٰ المرتهن نصف الفداء من دينه، (فإن كان نصف الفداء مثل دينه أو أكثر، بطل دينه وخرج العبد من الرهن)[1]، وإن كان نصف الفداء أقل من الدين سقط من الدين بقدر نصف الفداء [من دينه]، وكان جميع العبد رهنًا بما بقي من الدين[2]؛ وذلك لأن الراهن ليس بمتطوع في الفداء؛ لأن حكم الجناية يلزمه شاء أو أبىٰ، وفي الدفع والفداء إسقاط حق المرتهن علىٰ وجه واحد، [قد يكون] الفداء أنفع إذا كان أقل من الدين؛ لأن حق المرتهن يبقىٰ في الفاضل، فلذلك لم يكن متبرعًا، ومقدار الفداء مستحق عليه بسبب كان في يد المرتهن فهو من ضمانه، وما بقي من دين المرتهن يحبس به جميع العبد، كما لو استوفىٰ بعض دينه بالقبض [وبقي بعضه].

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (دين المرتهن).

قال: فإن كان الراهن غائبًا والمسألة على حالها، ففداه المرتهن، فليس بمتطوع في قول أبي حنيفة، وإن كان حاضرًا فهو متطوع على الراهن، روى ذلك أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة، ورواه أيضًا الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

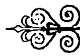
وروى زفر عن أبي حنيفة: أن الراهن إذا كان حاضرًا لم يكن متطوعًا.

فأما في قول أبي يوسف ومحمد وزفر والحسن: فالمرتهن متطوع، غائبًا كان الراهن أو حاضرًا.

وجه رواية [٣٩٠/ب] أبي يوسف: أن الراهن إذا كان حاضرًا أمكن استيفاء الجناية منه ومخاطبته بها، ولم يلزم المرتهن حكمها، فإذا فدى فقد تبرع على الراهن فصار كالأجنبي، وليس كذلك إذا كان غائبًا؛ لأنه لا يمكن استيفاء الجناية منه، فلم يبق إلا أن يخاطب بها المرتهن، وهو لا يقدر على إصلاح المضمون [منه] إلا بإصلاح الأمانة، فكان مأذونًا في ذلك من طريق الحكم كالمشتريين إذا غاب أحدهما فأدّى الآخر جميع الثمن، وكصاحب العُلُو والسُّفْل إذا بنى صاحب العلو.

وجه رواية زفر: أن الراهن إذا كان غائبًا لم يخاطب المرتهن بحكم الجناية؛ لأنه غير مالك للرقبة، فإذا التزم الفداء فيما لم يخاطب به كان متبرعًا، وليس كذلك إذا حضر الراهن؛ لأن الخطاب بالجناية توجه إليه، ويجوز أن يدفع فيسقط حق المرتهن، فكان له أن يفدي ليصلح حقه.

وجه قول أبي يوسف ومحمد وزفر: أن المرتهن فدى ملك غيره بغير أمره




كالأجنبي، ولأنه أصلح بالفداء حق نفسه، فلم يرجع به على غيره.

قال: وإذا رهن الرجل [عند الرجل] جارية بألف قيمتها ألف، أو قيمتها ألفان، فولدت ولدًا في يد المرتهن، فقتل الولد رجلاً خطأً فلا ضمان على المرتهن فيه، وضمان الجناية على الراهن، ويقال له: ادفعه أو افده، فإن دفعه خرج من الرهن، ولم يذهب من الدين شيء، وكانت الأم رهنًا بجميع الدين.

وإن فداه الراهن فهو رهن مع أمه على حاله؛ وذلك لأن الولد ليس بمضمون على [المرتهن][1]؛ لأنه لا يسقط بهلاكه شيء من [دينه]، فصار كعبد الوديعة، فجنايته على مولاه، فإن دفعه فقد زال ملكه عنه وبطل الرهن فيه، فلم يسقط شيء من الدين كما لا يسقط بهلاكه، وإن فداه سقطت الجناية عنه، فكأن لم يكن، فيبقى في الرهن.

وكذلك إن لحقه دين فباعه الراهن [فيه]، خرج من الرهن، فإن أدّى دينه بقي في الرهن لما ذكرنا، فإن اختار الراهن في مسألة الجناية الدفع، فقال المرتهن: أنا أفدي، أو اختار في مسألة الدين البيع، فقال المرتهن: أنا أقضي الدين، فله ذلك؛ لأن الولد وإن لم يكن مضمونًا فهو [في وثيقة المرتهن][2]، ألا ترى أنه يقوم مقام الأم عند هلاكها، ويستوفي الدين من ثمنه، ويكون أحق به من سائر الغرماء، وكان له أن يصلح حقه في الإمساك بالفداء أو قضاء الدين، وفي ذلك منفعة للراهن من غير ضرر. وبالله التوفيق[3].

---

(١) في ب (الراهن) والمثبت من أ.

(٢) في ب (وثيقة) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٢٤٣/٣ وما بعدها.

بَابُ
جناية الرهن بعضه على بعض



قال: الأصل في هذا الباب: أن العبدين إذا كانا رهنًا لواحد عند واحد، فلا يخلو إما أن يكونا رهنًا بعقد واحد أو بعقدين، فإن كانا بعقدٍ واحدٍ فجناية أحدهما على الآخر على أربعة أوجه:

جناية الفارغ على الفارغ هدر، وجناية المشغول على الفارغ هدر، وجناية المشغول على المشغول هدر؛ إلّا أن الدين في المجني عليه يسقط، وجناية الفارغ على المشغول تثبت، وينتقل ما في المشغول من الدين إلى الفارغ، فيصير رهنًا مكانه.

وإنما كان كذلك؛ لأن جناية ملك الإنسان على ملكه لو لم يكن رهنًا هدر، ألا ترى أنّ ماله لو جنى بعضه على بعض فلا فائدة لإثبات حكم الجناية، وإنما يثبت حكمها [٣٩١/أ] لتعلق حق المرتهن بالرهن؛ لأنه يجعل المالك فيه كالأجنبي؛ ولذلك لو أتلف الراهن الرهن يضمن، فكذلك يجوز أن يجعل عند الراهن كعبد الأجنبي.

وإذا كانت الجناية لا حكم لها لولا الرهن، فما كان في إثباته حق للمرتهن يثبت، وما لا حق له فيه تصير كجناية غير الرهن، فلا يثبت.

وإذا ثبت هذا قلنا: جناية الفارغ على الفارغ كجناية عبد الوديعة على عبد الوديعة إذا كان مالكهما واحدًا؛ لأنه لا حق للمرتهن في مقدار الأمانة، فلا

يثبت حكم الجناية.

وأما جناية المشغول على الفارغ فلا يثبت حكمها أيضًا؛ لأنه لا فائدة للمرتهن في ثبوتها، فلو ثبت لثبت لحق الراهن، وماله [إذا جنى] بعضه على بعض لا يثبت حكم جنايته، ولا يجوز أن يجعل جناية المشغول على الفارغ كجناية عبد الغصب على عبد الوديعة إذا كان مالكهما واحدًا؛ لأن المغصوب مضمون في الحقيقة ضمانًا يتعلق به حق التمليك، فصار جناية الغصب كجناية الغاصب.

وأما عبد الرهن فليس بمضمون في الحقيقة، وإنما يسقط الدين بهلاكه حكمًا، ولا يتملك بالدين، فصار في حق [المرتهن][1] كالوديعة.

[وأما جناية المشغول على المشغول فليس في ثبوتها حق للمرتهن، وقد بيّنا أن الجناية] لا تثبت لحق الراهن، فسقطت وصار المجنيُّ عليه كالتالف بآفة من السماء، فيسقط ما فيه من الدين.

وأمّا جناية الفارغ على المشغول فيثبت حكمها، ويصير كعبد الوديعة إذا جنى على عبد الرهن، فيقال للراهن: ادفعه أو افد؛ وذلك لأن الراهن لو جنى على المشغول [لثبتت جنايته، فكذلك إذا جنى عبده، وإذا ثبت حكم الجناية، انتقل ما في المشغول] إلى الفارغ وقام مقامه.

وأما إذا رهن عبدين في صفقتين، فلا يخلو إما أن يكون فيهما[2] فضل عن الدين أولا يكون، فإن كان فيهما فضل عن الدين فقتل أحدهما الآخر ثبت حكم

(١) في ب (الراهن) والمثبت من أ.

(٢) في أ (قيمتهما).

الجناية، وقيل للراهن: ادفع القاتل مكان المقتول؛ لأنهما لما حُبسا بصفقتين صار الحق المتعلق بأحدهما غير متعلق بالآخر، فكأنّهما رهنا عند اثنين.

وليس كذلك إذا كانا في صفقة واحدة؛ لأن الحق المتعلق بأحدهما هو المتعلق بالآخر، ألا ترىٰ أن المالك إذا قضىٰ حصة[1] أحدهما لم يكن له أخذه.

وأما إذا لم يكن فيهما فضل عن الدين، فقد روىٰ ابن سماعة وعلي ابن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يسقط ما في المجني عليه ولا يثبت حكم الجناية؛ وذلك لأن قيمة كل واحد منهما إذا كانت مثل قيمة الآخر، والدين الذي رهنا به سواء، فلا فائدة في الدفع للمرتهن.

وإذا ثبتت هذه الأصول، قال أبو الحسن: إذا رهن رجل رجلاً عبدين [يساوي] كل واحد منهما ألف درهم بألفي درهم، وقبضهما المرتهن، ثم إن أحد العبدين قتل [العبد] الآخر أو جنىٰ عليه جناية فيما دون النفس، قليل أرشها أو كثير، فإنه لا يلحق الجاني من ذلك شيء، فكأنّه مات أو دخل ذلك النقص بغير فعل أحد، فيذهب من دين المجني عليه بقدر ذلك، هذا في قولهم جميعًا؛ وذلك لأن كل واحد من العبدين مشغول بالدين، وقد بيّنا أن جناية المشغول علىٰ المشغول لا يثبت حكمها، [إلا أنه] يسقط ما في المجني عليه، كما لو ذهب بآفة من السماء.

قال: وإن كانت قيمة كل واحد منهما ألفًا وهما رهن بألف، فقتل أحدها الآخر فلا دفع في هذا ولا فداء، ويكون القاتل هنا بسبعمائة وخمسين؛ وذلك لأن كل واحد من هذين العبدين نصفه مشغول (علىٰ [٣٩١/ب] نصف فارغ، فإذا

---

(١) في أ (دين).

قتل أحدهما الآخر فقد جنىٰ النصف المشغول) علىٰ نصف مشغول وعلىٰ نصف فارغ ، فجنايته علىٰ الفارغ هدر ، وجنايته علىٰ المشغول يسقط بها الدين ، فيسقط مائتان وخمسون ، وقد جنىٰ النصف الفارغ [علىٰ نصف مشغول ونصف فارغ ، وجناية الفارغ علىٰ الفارغ هدر ، وجناية الفارغ] علىٰ المشغول يثبت حكمها ، فينتقل ما في المشغول إلىٰ الفارغ ، فيصير في القاتل [مائتان وخمسون] ، فاجتمع في القاتل ما كان فيه [بعقد][1] الرهن ـ وهو خمسمائة ـ ما انتقل إليه بالجناية وهو مائتان وخمسون ، فذلك سبعمائة وخمسون ، وبطل من الدين مائتان وخمسون[2] .

وإنما لم يثبت في هذه الجناية دفع ولا فداء ؛ لأنهما جميعًا مال لواحد ، ورهن بعقد واحد ، فلا فائدة في الدفع ، ولا يلزم الراهن الفداء ؛ لأنه لو لزمه لحق المرتهن رجع به عليه .

قال : وإن فقأ أحد العبدين عين صاحبه والمسألة علىٰ حالها ، فنصف الجاني فارغ ، وقد سقط من دين المجني عليه نصفه ، فيكون الجاني رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين ؛ لأن العين من العبد نصفه في حكم الجناية ، وقيمتها خمسمائة ، ففيها من الدين مائتان وخمسون ، استوفاها نصف مشغول ونصف فارغ ، فجناية المشغول علىٰ المشغول والفارغ هدر ؛ إلا أن حصة المشغول علىٰ المشغول تسقط من الدين بحسابه ، وذلك ربع العين ، وجناية الفارغ علىٰ الفارغ هدر ، وجناية الفارغ علىٰ المشغول يثبت حكمها ، وينتقل ما فيها إلىٰ الجاني ، فقد انتقل إلىٰ الجاني نصف ما كان في العين ، وهو مائة وخمسة وعشرون ، وسقط

(١) في ب (بعد) والمثبت من أ.

(٢) انظر : الأصل ، ٣/٢٣٥ .

نصف ما فيها بجناية المشغول على المشغول، وهو مائة وعشرون، فصار الفاقئ رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين، والمفقوءة عينه رهنًا بمائتين وخمسين.

قالوا: ولو ارتهن عبدين كل واحد منهما بخمسمائة، وقيمة كل واحد منهما ألف، ارتهن كل واحد منهما على حدة، فقتل أحدهما صاحبه، فإنه يخير الراهن والمرتهن: فإن شاءا جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما كان في القاتل، وإن شاءا فديا القاتل بقيمة المقتول، فيكون الفداء رهنًا مكان المقتول، والقاتل رهنًا على حاله؛ لأنهما إذا كانا رهنا بعقدين فقد تعلق بكل واحد منهما حق مخالف لحق الآخر، ألا ترى أن الراهن إذا قضى ما في أحدهما من الدين[1] كان له أخذه، فصار كالرهن عند اثنين.

قالوا: ولو أن أحدهما فقأ عين الآخر، قيل لهما: ادفعا أو افديا بأرش عين الآخر، فإن دفعاه بطل ما فيه من الدين، وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين، وكان رهنًا على حاله، والفداء رهن مع المفقوءة عينه؛ [وذلك] لما بيّنا أن حكم الجناية ثابت، فكأنّ عبد الرهن جنى على عبد أجنبي، فإن اختار الدفع قام مقام المجني عليه، وإن اختار الفداء كان عليهما؛ لأن نصف العبد مضمون، ونصفه أمانة[2].

قال: فإن قال المرتهن: لا أفدي في الجناية، وإنما أدع الرهن على حاله، فله ذلك، ويكون الفاقئ رهنًا مكانه [على حاله]، وقد ذهب نصف ما في المفقوءة عينه من الدين؛ [وذلك] لأن حكم هذه الجناية ثبت لحق المرتهن، ولا يثبت لحق

(١) في أ (الحق).
(٢) في أ (بنصف المائة).

الراهن، ألا ترىٰ أنه لولا حق المرتهن لم يثبت حكمها، فإذا لم يطالب المرتهن بحكمها لم يجز أن يثبت لحق الراهن.

قال: فإن قال الراهن: أنا أفدي، وقال المرتهن: [٣٩٢/أ] لا أفدي، فإن للراهن أن يفدي بأرش الجناية، وسقط من دين المرتهن [مما] في الجاني قدر نصف الفداء، وهذا إنما يكون إذا طالب بحكم الجناية والتمس الدفع، فاختار الراهن الفداء، فله ذلك؛ لأنه ليس للمرتهن أن [يعيّن][(١)] عليه حكم الجناية، وهي ثابتة علىٰ التخيير.

قال: فإن أبىٰ الراهن الفداء، وقال المرتهن: أنا أفدي، والراهن حاضر كان أو غائب، فهو علىٰ ما عرفتك في العبد الواحد إذا اختار المرتهن أن يفدي فيما يكون به متطوعًا أو لا يكون، علىٰ اختلافهم في ذلك؛ [وذلك] لأن للمرتهن حقًا في اختيار الفداء، ألا ترىٰ أن الراهن إذا دفع سقط أحد [الدَّينين][(٢)]، فإذا فدىٰ المرتهن بقي الدينان جميعًا، وله حق في ذلك.

فأما الاختلاف الذي ذكره: فهو فيما يرجع به من الفداء في حصة الأمانة علىٰ الروايتين اللتين ذكرناهما.

قال: وإن كانت قيمة كل واحد منهما ألفًا وهما رهن بألفين [وهما رهنان] مفترقان، فقتل أحدهما صاحبه، فإن دفعاه بالجناية فإنه يقوم مقام المقتول، وبطل الدَّيْن الذي في القاتل؛ لأن رقبته استحقت بسبب كان في يد المرتهن، وإن قالا: نفدي، فالفِدَاءُ هاهنا كله علىٰ المرتهن، فإن شاء فداه بألف، فإذا حَلَّ الدين دفع

(١) في ب (يغير) والمثبت من أ.

(٢) في أ، ب (الديتين) والمثبت مقتضىٰ العبارة.

الراهن ألفًا وأخذ عبده، فكان الألف الأخرى التي عليه قصاصًا بهذه الألف التي فدياها إن كان المال واحدًا، وإن كان مختلفًا دفع ألفًا وأخذ الفداء؛ وذلك لأن كل واحد منهما مضمون لا[1] أمانة فيه، فالفداء على المرتهن؛ لأنه يصلح به حقه[2]، فإذا قضى الدين فلا معنى لدفع ألفين وأخذ الألف، وهما على صفة واحدة، فيدفع ألفًا ويأخذ العبد القاتل وتصير الألف [بالألف] الأخرى قصاصًا.

قال: وإن كان الرهن حيوانًا غير بني آدم فقتل بعضها بعضه فالمقتول بما فيه، ولا يصير على الآخر شيء، وكذلك ما جنى بعضها على بعض من عور أو غير ذلك، ذهب من الدين بحساب ذلك، كأنه ذهب بغير فعل أحد؛ وذلك لأن جناية البهائم هدر لا يثبت حكمها لقوله ﷺ: «**العُجْمَاء جُبَار**»[3]، وإذا لم يثبت حكم الجناية صارت كالآفة من السماء، فيسقط بها الدين.

قال: وإن كان الرهن عبدًا أو دابة، فقتلت الدابة العبد، أو جنت عليه، فذلك هدر، وكأنه ذهب بغير فعل أحد لما بيّنا أن جناية البهيمة لا يثبت حكمها، وإن قتل العبد الدابة وهما رهن واحد لرجل واحد، فما بطل من دين الدابة بالجناية، ينتقل إلى العبد على حسب ما فيه من الفراغ على ما وصفت لك؛ لأن جناية الآدمي يثبت حكمها على الآدمي وغير الآدمي.

وقال ابن سماعة وعَلِيٌّ بن الجعد، عن أبي يوسف: لو أن عبدين رهنا عند رجل، كل واحد منهما بألف، وقيمة كل واحد منهما ألف، وهما لرجل واحد،

---

(١) في أ (لأنه أمانة).

(٢) في أ (حق نفسه).

(٣) أخرجه البخاري (١٤٢٨)؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين (٢٢٢٤).

[ففقأ][1] أحدهما عين الآخر، فإنه يذهب من المفقوءة عينه نصف الدين الذي فيه، ولا يلزم الفاقئ جناية في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: المرتهن بالخيار: إن شاء طلب الجناية، فإن دفعه المولىٰ بهذا كانا جميعًا بألف الذي كان في المفقوءة عينه، وبطل الذي كان في الفاقئ من الدين، وخير المرتهن أن يدفعه علىٰ حاله، فيكون هذا بألف وهذا بخمسمائة، قال: وهذا إن كان يريد به أنهما رهن واحد.

فقول أبي حنيفة [٣٩٢/ب] ظاهر؛ لأن جناية المشغول في الرهن الواحد لا يثبت حكمها، ويسقط من الدين بحسابها، ويكون جواب أبي يوسف خلاف المشهور.

وإن كان وضع المسألة علىٰ رهنين مختلفين، فقول أبي يوسف ظاهر؛ لأن للمرتهن حقًا في تبقية أحد الدينين وإسقاط الآخر، فكذلك كان له المطالبة بالدفع أو الفداء.

فأما جواب أبي حنيفة، فهو خلاف المشهور، ووجهه: أن الدين إذا كان مستغرقًا لهما وقيمتهما سواء، سقط من الدين بالدفع ما يسقط منه إذا لم يدفع، فلا يكون في المطالبة [بالجناية] فائدة، فيسقط حكمها[2]. والله تعالىٰ أعلم.



(١) في ب (فقال) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل ٣/٢٣٥ وما بعدها.

بَابُ
جناية الرهن على الراهن والمرتهن



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل عبدًا بألف درهم وقيمته ألف، فجنى على الراهن في ماله أو نفسه جناية توجب مالاً، فهو هدر في قولهم جميعًا؛ وذلك لأن المولى لا يثبت له على عبده مال، وحكم جناية الخطأ حكم الدين، ألا ترى أن المولى يملك أن يقر عليه بكل واحد من الأمرين، ولا يقبل إقرار العبد بهما، فإذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر.

وليس كذلك جناية العمد؛ لأنها تثبت بإقرار العبد، ولا تثبت بإقرار المولى عليه، فصار المولى معه فيها كأجنبي؛ ولأن الرهن على ملك الراهن، وإنما تثبت جنايته لحق المرتهن؛ لأن تعلق حقه جعل المولى كالأجنبي، ولا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية، فلا تثبت.

وليس هذا كجناية المغصوب على المولى؛ لأن المغصوب مضمون [ضمانًا] يتعلق به التمليك، فصار كعبد الغاصب، والرهن ليس بمضمون في قول أبي[1] حنيفة. والله أعلم.

٢٣٦٧ - **فَصْل: [جناية الرهن على المرتهن]**

قال: وإن جَنَى على المرتهن، فهو هدر في قول أبي حنيفة.

---

(١) في أ (في الحقيقة).




وقال أبو يوسف ومحمد: جنايته على المرتهن ثابتة إذا كانت في بني آدم، فإن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن، وإن شاء المرتهن قال: لا [أطالب بالجناية][1]، فيكون رهنًا على حاله.

لأبي حنيفة: أنا لو أثبتنا حكم هذه الجناية وطولب الراهن بها رجع بها على المرتهن؛ لأنها حصلت والعبد في ضمانه، فمن حيث يثبت حكم الجناية يسقط؛ ولأن جناية المضمون في يد الضامن كجناية الضامن، أصله: إذا جنى على أجنبي؛ ولأنه لو جنى في مال المرتهن لم يثبت حكم بجنايته بالاتفاق، وكذلك إذا جنى في نفسه؛ لأن موجب كل واحدة من الجنايتين المال.

ووجه قولهما: أن في ثبوت هذه الجناية فائدة للمرتهن، ألا ترى أن المولى لو اختار [الدفع][2] فيملك المرتهن العبد، ويجوز أن يكون له غرض في تملكه وإن سقط دينه، ويجوز أن يكون تبقية دينه وإسقاط حكم الجناية أنفع له؛ فلذلك خير بين الأمرين.

وليس كذلك إذا جنى في المال؛ لأنه لا يملك العبد بإتلاف العبد، وإنما يجب له أن يرجع له عليه، ولا فائدة في ذلك[3].

٢٣٦٨ - فَصل: [المقدار الذي يثبت فيه حكم الجناية]

قال محمد: وهذا إذا كانت قيمته والدين سواء لا فضل فيه، ولم يذكر قول أبي حنيفة إذا كان في قيمته فضل.

(١) في ب (أطلب) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الفداء) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل ٣/٢٤٢.

وقد روي عنه: أن حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة؛ لأنه ليس في ضمانه، فيصير كعبد الوديعة.

وقال في الرواية الأخرى: لا يثبت حكم الجناية [٣٩٣/أ]؛ لأن مقدار الأمانة رهن في يده، فصار كمقدار المضمون.

وقال محمد: وإن أفسد متاعًا للمرتهن وقيمته ألفان وهو رهن بألف، فطلب المرتهن أن يأخذه بقيمة المتاع، فإنه يعرض على الراهن، إن شاء قضى عنه نصف ذلك الدين وجعل نصفه على المرتهن، وإن كره أن يقضي، بِيع العبد في ذلك كله، فإن بقي شيء بعد فكاك [الدين][1] أخذ الراهن نصفه، والمرتهن نصفه؛ وذلك لأن القيمة إذا زادت على الدين فالزيادة أمانة، فيثبت حكم جنايتها على المالك[2].

فإن اختار المولى قضاء الدين قيل له: اقض نصفه؛ لأن حصة الأمانة ثابتة، وحصة المضمون ليست بثابتة على ما قدمنا من قولهم، فإذا قضى المولى النصف زال الدين فبقي العبد رهنًا بحاله، وإن اختار البيع، بِيْع العبد.

قال محمد: فإن جنى على المرتهن في نفسه أو رقيقه، قيل لمولاه: ادفعه أو افده، فإن دفعه وقَبِلَه المرتهن بذلك كان عبدًا له، وبطل الدين والرهن، وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء، ويكون رهنًا على حاله؛ لأن المولى [له اختيار الدفع]، وإذا اختار الدفع فقد ملكه المرتهن من غير فكاك، وزال ملك الراهن عنه بسببٍ كان في حال الضمان، فيسقط الدين كما لو دفعه بالجناية إلى أجنبي.

---

(١) في أ (الراهن).

(٢) في أ (المال).

وليس كذلك إذا باعه الراهن من المرتهن، أن الدين لا يسقط؛ لأن ملك الراهن زال عنه بعد الفكاك، ألا ترىٰ أنهما إذا تراضيا بالبيع خرج العبد من الرهن [قبل][(١)] أن ينفذ فيه البيع، فيصير كما لو تفاسخا الرهن ثم باعه.

وأما إذا اختار الفداء، فدىٰ النصف؛ لأن حصة المضمون لو فداه رجع به علىٰ المرتهن، فلا فائدة لإثبات الفداء، فلم يبق إلا مقدار الأمانة، فكان عليه أن يفديه.

قال الحسن، عن أبي يوسف: في رجل ارتهن جارية تساوي ألفين بألف، فجنت علىٰ المرتهن بِشَجَّةٍ أو قطعت يده، فإن أبا يوسف قال: نصف الجناية هدر؛ لأن نصف الجارية كان مضمونًا في يد المرتهن، ويقال للراهن: ادفع النصف الذي كان المرتهن فيه مؤتمنًا، أو افده، وهذا علىٰ ما بيّنا في إحدىٰ الروايتين، أن جناية مقدار الأمانة ثابتة.

قال: فإن فداه صار الفداء للمرتهن، وكانت رهنًا علىٰ حالها بالألف؛ لأن الجناية سقطت عن رقبتها، وإن قال: أنا أدفع، يدفع النصف للمرتهن بالجناية، وخرج النصف الآخر من الرهن، فيأخذ الراهن ذلك النصف فيصير له، وتصير الألف التي كانت الجارية بها رهنًا دينًا للمرتهن علىٰ الراهن.

قال الحسن: وفيها قول آخر: إن النصف يكون رهنًا علىٰ حاله بالألف، وبه نأخذ.

قال أبو الحسن: والذي حكاه الحسن عن أبي يوسف من بطلان الرهن في

(١) في ب (حتىٰ) والمثبت من أ.

النصف هو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع فقال: هو رهن على حاله، حكى رجوعه ابن سماعة في نوادره، وهذه مسألة الإشاعة في حال البقاء، وقد بيّنا وجه كل واحدة من الروايتين فيما تقدم.

قال الحسن: قال زفر: إذا جَنَتْ الجارية على المرتهن فشجته شجة أو قطعت يده، وهي تساوي ألفين، وهي رهن بألف، قيل للمرتهن: أنت بالخيار: إن شئت أبطلت نصف الجناية بالنصف الذي كان رهنًا، وقيل للراهن: ادفع النصف أو افده على ما وصفناه، وإن شئت أبطلت الرهن، وقيل للراهن: ادفع الجارية كلها بالجناية أو افدها بجميع الجناية.

وكذلك لو قتلت [الجاريةُ] المرتهنَ، أو قتلت غلامًا له، أو ابنًا له؛ [وذلك] لأن المرتهن له أن يبطل الرهن بغير اختيار الراهن، [٣٩٣/ب] فإذا أبطله صارت الجارية كأنها لم تكن رهنًا، فيثبت حكم جنايتها، وإذا لم يبطل الرهن يثبت مقدار الأمانة من الجناية، وسقط مقدار المضمون، فأما ما ذكر من الجناية على ابن المرتهن، فهو موضوع على أن المرتهن هو الوارث، فصار المستحق لأرش الجناية [عليه هو]، فكأن الجناية عليه[١].

٢٣٦٩ - فَصْل: [توارث جناية الرهن]

وحكى الحسن عن أبي حنيفة: أن جناية الرهن على الراهن أو على من هو وارثه كالجناية عليه، وكذلك الجناية على المرتهن أو من وارثه مثل الجناية عليه.

وقال [محمد] في الأصل: إن جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن

(١) انظر: الأصل ٣/٢٤٢، ٢٤٣.

كالجناية على الأجنبي[1].

وجه رواية الحسن: أن الوارث هو المستحق للأرش، فصارت الجناية على مورثه كالجناية عليه.

وجه رواية محمد: أن جناية الرهن إنما لم تثبت على الراهن؛ لأنه لا يثبت له دين على عبده، فأما ابن الراهن فيجوز أن يثبت له على عبد أبيه دين، فتثبت جنايته عليه كالأجنبي، وإنما لم تثبت جناية الراهن على المرتهن عند أبي حنيفة؛ لأنه في ضمانه، وهذا المعنى غير موجود في ابنه، فصار كالأجنبي.

قال أبو الحسن: وما رواه الحسن في جناية المضمون من الرهن أنه يبطل في قول أبي يوسف، خلاف ما رواه محمد.

وقال محمد: إذا جنى الرهن على المرتهن ونصفه مضمون قيل للراهن: ادفع أو افده[2].

وقال الحسن، عن أبي يوسف: يقال للراهن: ادفع النصف أو افده، فكل واحد منهما روى ما هو قياس روايته عن أبي يوسف.

وقال بِشْرٌ وعَلِيٌّ، عن أبي يوسف: لو أن رجلاً رهن عند رجل عبدًا بألف قيمته ألف، فجنى على مولاه الراهن، أو على عبد له، أو أكل له طعامًا، أو أخرق له ثوبًا، فإنه لا يلزمه من ذلك شيء.

وقال أبو حنيفة: إذا جنى على المرتهن فهو مثل ذلك إذا كانت قيمته والدين

(١) الأصل ٣/٢٤٢.

(٢) المصدر السابق نفسه.

سواء، وهذا على ما قدمنا.

وقال أبو يوسف: الخيار في ذلك إلى المرتهن: فإن شاء طلب بالجناية، فإن دفع المولى العبد بها إليه بطل الدين الذي كان به رهنًا، وإن فداه المولى وكان أكثر الجناية أكثر من قيمته بطل الدين أيضًا وخرج من الرهن، وإنما أبطل أبو حنيفة جنايته من هذا الوجه.

قال أبو يوسف: وقولي في الأول مثل قول أبي حنيفة، وإنما جعل الخيار إلى المرتهن؛ لأن له حَقَّ إسقاط الجناية لبقاء الرهن، وله حق في المطالبة بها؛ لأن ما يحصل له بها أنفع من دينه، فكان الخيار في أحد الأمرين. والله تعالى أعلم[1].



(١) انظر: الأصل ٣/٢٤١ وما بعدها.

بَابُ
الرهن يُقتل عمدًا



قال أبو الحسن رَحِمَهُ اللهُ: الأصل في هذا الباب أن عبد الرهن إذا قُتل عمدًا فليس للراهن القصاص؛ إلا أن يجتمع المرتهن معه على ذلك، فإن اجتمعا فله القصاص عند أبي حنيفة.

وقال محمد: ليس لهما القصاص وإن اجتمعا.

وروى ابن سماعة، عن أبي يوسف مثل ذلك، وروي عنه في موضع آخر: أنهما إذا اختلفا فأدّى الراهن الدين قبل إبطال القاضي القصاص فله أن يقبض، فإن اجتمعا على القصاص ففيه القصاص.

وروى هشام، عن محمد، عن أبي حنيفة وأبي يوسف: في عبد الرهن إذا قتل، قالا: [لا] يقتل القاتل وتؤخذ القيمة، فتكون رهنًا مكانه، إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: [٣٩٤/ب] إن اجتمع الراهن والمرتهن على قتل القاتل فلهما ذلك.

وقال محمد: لا قود[١]، اجتمعا أو لم يجتمعا.

وروى بشر بن الوليد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: في عبد الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر، فإن اتفق للراهن والمرتهن على القصاص فذلك لهما، وإن اختلفا فلهما القيمة، يكون رهنًا مكانه، وهو قول أبي حنيفة

(١) في أ (لا قصاص).




وأبي يوسف.

وجه قولهما: أن الرهن ملك للراهن، وإنما لم يجز له أن ينفرد بالقصاص لما في ذلك من إسقاط حق المرتهن، ألا ترىٰ أن له حقًا في أخذ القيمة لتكون رهنًا بدينه، فإذا [رضي][(١)] بالقصاص فقد أسقط حق نفسه؛ ولأن الملك للراهن، وللمرتهن حق الاستيفاء، فإذا أسقط حقه بالرضا ثبت القصاص كعبد الإجارة إذا قتل؛ لما يسقط حق المستأجر بانفساخ العقد فثبت القصاص.

وعلىٰ هذا قالوا في العبد الموصىٰ بخدمته إذا قتل لم يكن للورثة قصاص؛ لأن للموصىٰ له حق أخذ القيمة يشتري بها عبدًا آخر، فإذا اجتمع مع الورثة علىٰ القصاص فقد أسقط حقه، [فسقط] ويثبت القصاص، وليس هذا كعبد المكاتب إذا قتل، فاجتمع المولىٰ والمكاتب علىٰ القصاص؛ لأن المستحق للملك غير معلوم، فلم يجز ثبوت القصاص لمجهول.

وجه قول محمد: أن حق المرتهن مستغرق في الرقبة، وينتقل إلىٰ القيمة، فيصير [كحق أحد][(٢)] الشريكين، فهو لا يملك القصاص، وكذلك المولىٰ لا يملكه.

وأما قول أبي يوسف: أن المولىٰ والمرتهن إذا اختلفا فأدىٰ الراهن الدين كان له القصاص؛ لأن حق المرتهن سقط بالاستيفاء، فلم يبق إلا حق الراهن، وأمّا إذا اختلفا فأبطل القاضي القصاص، ثم قضىٰ الراهن الدين بلا قصاص؛ لأن حكم القصاص كان مراعىٰ، فلما قضىٰ القاضي بإبطاله سقط، فلم يعد إلا بعود سببه.

---

(١) في ب (مضىٰ) والمثبت من أ.

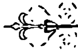
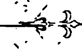
(٢) في ب (كأحد الشريكين) والمثبت من أ.

فأما قوله: إنهما إذا اجتمعا على القصاص سقط الدين؛ فلأن العبد تلف بسبب كان في يد المرتهن.

وأما قوله في الرواية التي قال: لا قصاص للراهن والمرتهن إذا عفيا ورجع المرتهن على الراهن بدينه؛ فلأن القيمة ملك للراهن، وإنما للمرتهن فيها حق، فلا يملك الراهن العفو؛ لما فيه من إسقاط حق المرتهن، فإذا اجتمعا على العفو، فإنما سقطت القيمة لعفو المولى، ورضا المرتهن له أثر في إسقاط حقه عن القيمة، فصار كما لو وهب الراهن الرهن، فأجاز المرتهن الهبة، لم يسقط دينه، كذلك هذا. والله أعلم[1].



(١) انظر: الأصل ٣/٢٤٢، ٢٤٣.

بَابُ
عبد الرهن يَقتلُ عمدًا



(١) قال أبو الحسن: وإذا كان العبد رهنًا، فقتل رجلاً عمدًا، فإنه يقتل ويبطل الدين الذي كان فيه؛ [وذلك] لأن حق المرتهن لا يمنع وجوب القصاص في الرهن كحق المالك، فإذا اقتصَّ منه فقد تلف الرهن بسبب كان في يد المرتهن، فيسقط الدين كموت الرهن.

قال: فإن قتل الراهنَ أو المرتهنَ عمدًا، فإن محمدًا قال في الأصل: [هذا لا يشبه](٢) الخطأ، وعليه القصاص في الوجهين، ويبطل الدين(٣)، وإنما وجب القصاص للراهن؛ لأنه حق ثبت للمولى على عبده، ألا ترى أن المولى لا يملكه منه، فصار العبد فيه كالأجنبي، وليس كذلك جناية الخطأ؛ [لأن](٤) موجبها المال، وذلك لا يثبت للمولى على عبده.

وأما وجوب القصاص للمرتهن؛ فلأن حقه أكثر أحواله أن يجعل كحق المالك، فإذا وجب للمالك القصاص فكذلك المرتهن.

وإنما يسقط [٣٩٤/ب] الدين؛ لأن الرهن تلف بسبب كان في يد المرتهن. والله ﷻ أعلم.

---

(١) في أ (باب الرهن يقتل آخر عمدًا).
(٢) في ب (لا يشبه هذا) والمثبت من أ.
(٣) الأصل، ٣/٢٤٣.
(٤) في ب (من) والمثبت من أ.

بَابُ
الرهن يُجْنَى عليه وهو رهن

قال أبو الحسن: إذا استهلك الرهنَ مستهلك، [فوجبت قيمته على من استهلكه، غرم القيمة][1] وقبضها المرتهن، وكانت في يده رهنًا على سبيل ما كان عليه الرهن المستهلك، وحقوق المرتهن فيها كحقوقه في الرهن المأخوذ؛ وذلك لأن القيمة قائمة مقام العين، فتعلق بها من الحق ما يتعلق بالأصل؛ ولأن الغاصب أزال يد المرتهن، فكان عليه إعادتها كيد المالك؛ لأن الرهن حق مستقر في الرقبة، بدلالة أنه يسري إلى الولد، ويستحقه الوارث، فصار كحق المالك.

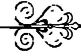
قال: وإن استهلك المرتهن الرهنَ والدين إلى أجل، غرم قيمة الرهن، فكانت في يده رهنًا إلى أن يحلّ الدين، فإن حلَّ الدين وهي من جنس الدين، ومثل له في الصفة قبض المرتهن حقه منها، فإن بقي شيء من القيمة كان للراهن؛ وذلك لأن المرتهن أتلف ملك غيره، ومن أتلف مِلكًا تامًّا[2] وجب عليه بدله؛ ولأن الرهن إن اعتبرناه بالأمانات، فإتلافه يتعلق به الضمان كالوديعة، وإن اعتبرناه بالمضمونات فإتلافه يؤكد الضمان كالغصب.

وإنما كانت القيمة التي تؤخذ منه رهنًا؛ لأنها بدل عن الرهن كالقيمة المأخوذة من الأجنبي، وإنما حبسها بالدين المؤجل؛ فلأنّ الأجل حق للراهن، ولا يجوز إسقاطه إلا برضاه.

---

(١) في ب (فوجب عليه قيمته) والمثبت من أ.

(٢) في أ (بائنًا).

وأما إذا أجَّل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن حقه منها ؛ لأنه وجد جنس حقه ، فأخذه لا يقف على الرضا ، وإنما رَدَّ الفضل على الراهن ؛ لأنه استوفى حقه ، فصار كما لو استوفى دينه والرهن في يده ، وجب رَدّه.

قال: وإن عجزت القيمة عن الدين نظرت: فإن كانت قيمة الرهن الأول مثل الدين يوم قبضه المرتهن ، بطل باقي الدين عن الراهن ؛ وذلك لأن الرهن مضمون بالقبض ؛ فإذا تلف في يد المرتهن اعتبرت قيمته يوم القبض ، ولا يقال: إن نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون ؛ لأنه لا يضمن مع بقاء عين الرهن.

فأما إذا تلفت العين فالضمان يتعلق بقبضها ، كأنه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض ، وإنما لم يجب عليه بالإتلاف إلا قيمته يوم أتلف ؛ لأن الضمان المتعلق بالإتلاف من غير جنس الضمان المتعلق بقبض الرهن ، فاعتبرت القيمة فيه عند الإتلاف ، ووجب فضل القيمة بالقبض السابق بحكم ضمان الرهن.

قال: فإن كانت قيمة الرهن يوم قبضه ما غرم عنه ؛ رجع ببقية دينه على الراهن ؛ وذلك لأنه استوفى جميع الرهن ، فما زاد على مقداره في ذمة الراهن.

قال: فإن كان الدين حَالًّا في حال مما استهلك المرتهن الرهن ، وحكم الحاكم عليه بمثل دينه ، كان مقدار الرهن قصاصًا ، فإن فضل له دين رجع به إذا كان ما لزمه من الغرم مثل قيمة الرهن.

وهذا على أصلنا: أن كل دَيْنَيْن من جنس واحد التقيا في الذمة ، والمَقَاصَّةُ بينهما لا تؤدي إلى فساد عقد ، صار أحدهما قصاصًا بالآخر وإن لم يتقاصّا ؛ لأنه لا فائدة لأخذ الدين منه ورده إليه في الحال.




قال أبو الحسن: وتفسير ذلك: رجل رهن رجلاً عبدًا [٣٩٥/ب] قيمته ألف درهم بألف درهم، فنقصت قيمته حتىٰ صار يساوي خمسمائة، ثم قتله قاتل أو غصبه فمات في يده، فعليه قيمته يوم قتله، ويوم غصبه، ولا ينظر إلىٰ قيمته قبل ذلك.

فأمّا المرتهن فهو ضامن لجميع قيمته، فإذا جنىٰ عليه المرتهن وقد صارت قيمته خمسمائة فغرم خمسمائة، فالعجز في القيمة مضمون علىٰ المرتهن بالدين، فقبض الرهن دون الاستهلاك، وباقي العبد مضمون علىٰ المرتهن في الوجهين جميعًا، وهذا علىٰ ما قدمناه أن ضمان الرهن يتعلق بقبضه.

فأما ضمان الاستهلاك فهو جنس آخر من الضمان، يعتبر فيه القيمة يوم الاستهلاك، ولا يعتبر ما قبل ذلك، فإذا كان المرتهن هو المستهلك فنقصان القيمة مضمون عليه بالرهن خاصة؛ لأن الاستهلاك [لم يحصل فيه، وبقية العبد مضمونة عليه بسببين: بقبض الرهن، والاستهلاك]، ألا ترىٰ أن المستهلك لو كان غيره فتَوِيت القيمة عليه سقط دينه.

قال: وإن قتل العبدُ الرهن وهو رهن بألفٍ وقيمته ألف عبدًا قيمته مائة درهم، فدفع به، قام المدفوع مقام المقتول، ولم يذهب من الدين شيء، ويقال للراهن: أدِّ جميع [الدين] وخذ العبد المدفوع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: يأخذ الراهن العبد المدفوع ويؤدي قدر قيمته ويبطل عنه الباقي.

وقال محمد: الراهن بالخيار، إن شاء أخذ العبد المدفوع وأدّىٰ جميع الدين، وإن شاء تركه علىٰ المرتهن بالدين الذي رهنه به.

وجه قولهما: أن المدفوع قام مقام المقتول، فكان المقتول بحاله، وقد نقص في السعر فيفتَكُّه الراهن بكل الدين.

وأما زفر: فمن أصله أن المقتول لو كان باقيًا فنقصت قيمته احتسب نقصانها من دين المرتهن، وأدّى الباقي، فكذلك المدفوع لما قام مقامه.

وجه قول محمد: أن الرهن مضمون على المرتهن كالغصب، ومعلوم أن العبد المغصوب إذا قتله عبد في يد الغاصب، فدفع به وقيمته ناقصة عن قيمة المقتول، كان للمغصوب منه المطالبة بجميع قيمة عبده، كذلك هاهنا، له أن يلزم المرتهن العبد المدفوع [بجميع دينه][(١)].

قال: وكذلك لو كان العبد الرهن [لو] نقص في السعر حتى يساوي خمسمائة أو مائة، فقتله عند قيمته مائة، فدفع به، فهذا والأول سواء.

الجواب فيه واحد على ما ذكرت لك من الاختلاف؛ لأن القاتل قام مقام المقتول، وهو ناقص القيمة، فكأنّ الأول كان باقيًا، وقد نقصت قيمته لم يسقط من الدين شيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويسقط عند زفر.

وأما محمد: فقد وافقهما أن المقتول لو كان باقيًا ونقصت قيمته لم يسقط شيء من الدين، إلا أنه يقول: إن من حق الراهن أن يقول: قد تغير عين الرهن فلي الخيار لتغيّر العين، لا لنقصان القيمة.

قال: ولو قتل العبد الرهن وهو رهن بألف، وقيمته ألف بعد أن نقصت فصارت خمسمائة أو أقلَّ من ذلك، فغرم القاتل قيمته يوم قتله على النقصان، أو

(١) في ب (بدينه) والمثبت من أ.




غصبه، وقد نقصت قيمته في السعر، فقضي عليه بقيمته ناقصة يوم غصبه دراهم كالدين[1]، كانت الدراهم بمثلها من الدين، وبطل ما بقي من دين المرتهن في قولهم جميعًا؛ [وذلك] لأن الدراهم لا يجوز أن يستوفىٰ بأكثر منها، فلم يتعلق بها حق الاستيفاء إلا بقدرها، فصار الباقي من الرهن تاويًا، ويسقط به بقية الدين.

وليس هذا كأخذ العبد القاتل؛ لأن عين العبد يجوز أن يستوفىٰ [٣٩٥/ب] منها جميع الدين وإن كانت ناقصة عنه، بأن تزيد قيمته؛ فلذلك يحبس بجميع الدين.

وعلىٰ هذا، لو قضىٰ بقيمته من غير جنس الدين مثل أن يقضي بالدنانير، كانت رهنًا بجميع الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الدنانير يجوز أن تستوفىٰ منها الدراهم وإن كثرت لزيادة سعرها، فصارت كالعبد، فلم يسقط شيء من الدين. والله أعلم[2].



(١) في أ (والدين دراهم).

(٢) انظر: الأصل ٣/٢٤٦ وما بعدها.

بَابُ
الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان

قال أبو الحسن: وإذا ارتهن الرجل عبدًا بألف درهم وهو قيمته وقبضه، ثم إن المرتهن أبرأ الراهن من الدين أو وهبه منه، ثم مات الرهن في يد المرتهن ولم يحدث فيه منعًا بعد الهبة والبراءة، فإنه يهلك بغير شيء، ولا ضمان على المرتهن فيه استحسانًا، والقياس أن يضمن.

وجه القياس: أن هلاك الرهن يوجب استيفاء الدين، فكأنه أبرأه ثم استوفى؛ ولأن قبض الرهن وقع على وجه الضمان، وكل قبض أوجب الضمان لم [يزل][1] الضمان مع بقاء القبض الموجب إلّا بإبراء المالك كالغصب.

ولهذا قالوا: إنه لو أعطى رهنًا مكان الرهن الأول ولم يقبض الأول حتى هلك كان مضمونًا؛ لأن القبض الموجب لضمانه باقٍ.

وجه الاستحسان: أن الهبة والبراءة[2] لا توجب ضمانًا على الواهب والمبرئ لأجلها، ألا ترى أنهم قالوا: لو استحقت العين[3] الموهوبة وقد هلكت في يد الموهوب له، ضمن قيمتها ولم يرجع على الواهب، ولو وهب البائع الثمن للمشتري ثم هلك المبيع في يده لم يضمن، وإذا ثبت أن الهبة والبراءة لا توجب الضمان لأجلها، ومعلوم أن هذا الرهن لو هلك قبل البراءة والهبة سقط الدين

(١) في ب (يترك) والمثبت من أ.
(٢) في أ (لا يجوز أن توجب).
(٣) في أ (الهبة).

بهلاكه، ولم يضمن المرتهن شيئًا، ولو ضمنّاه لضمنّاه لأجل الهبة والبراءة، وهذا لا يصح؛ ولأن الرهن إذا تلف في يد المرتهن صار مستوفيًا بقبضه لا بهلاكه، ألا ترىٰ أنه لو قبض وقيمته مثل الدين ثم نقصت قيمته وهلك، صار المرتهن مستوفيًا لجميع دينه، فاعتبرت قيمته يوم القبض، فدل علىٰ أنه في الحكم كالمستوفي بالقبض، والبراءة بعد ذلك، فكأنه استوفىٰ دينه ثم أبرأ، فلا يتعلق بالبراءة حكم، ولا يلزمه ضمان.

قال: وكذلك كل وجه بطل فيه الدين عن الراهن بغير قبض من المرتهن، أو عقد يوجب عليه ضمان الدين؛ [وذلك لأنه إذا بطل بسبب لا يتعلق به ضمان، صار كبطلانه بالبراءة، وإذا أحدث المرتهن] بعد سقوط الدين فيما ذكرنا منعًا في الرهن، ثم تلف في يده ضمن قيمته كلها؛ وذلك لأن الدين لما سقط صار مانعًا بغير حق، فهو كالغاصب؛ ولأن الرهن بعد البراءة من الدين في حكم الأمانة؛ بدلالة أنه يهلك بغير شيء، والأمانة إذا منعها عن صاحبها ضمنها.

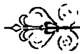
٢٣٧٠ - فَصْل: [الضمان في هلاك الصداق من الرهن]

قال: وكذلك امرأة أخذت رهنًا بصداقها، ثم طلقها زوجها قبل أن يدخل بها، ثم هلك الرهن في يدها، فلا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق؛ [وذهب][1] الرهن بما بقي من الصداق.

وكذلك لو ارتدت قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها، لم يكن عليها ضمان؛ وذلك أن الطلاق يسقط نصف المهر علىٰ وجه لا يتعلق به ضمان، فصار ذلك كسقوطه بالبراءة. والله أعلم.

---

(١) في ب (وذلك) والمثبت من أ.




٢٣٧١ - فَصْل: [حبس الزوجة الرهن بالمتعة][١]

قال: فإن تزوجها على غير صداق مسمّى فأخذت منه رهنًا، ثم طلقها قبل الدخول بها، بطل مهرها المثل، ووجب لها المتعة، فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة [٣٩٦/أ] عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر.

وإن هلك الرهن في يدها ولم [يمتعها بالمتعة][٢] هلك بغير شيء، ورجعت على الزوج بالمتعة.

وقال محمد: أستحسن أن يحبس الرهن بالمتعة، وإن هلك في يدها هلك بالمتعة.

وجه القياس: وهو قول أبي يوسف الآخر، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل، وإنما ذكره أبو الحسن في أنّ المتعة دين حادث ليس ببدل عن مهر المثل، [ولا جزء][٣] منه؛ بدلالة أنهما جميعًا بدلان عن [البُضْعِ]، ولا [يجوز أن يكون][٤] أحدهما بدلاً عن الآخر؛ [بدلالة أنّ] أحدهما من جنس الأثمان، والآخر من [جنس] الثياب، فلا يكون جزءًا منه.

والرهن بالدين لا يكون رهنًا بدين آخر حادث ليس ببدل عن الأول، ولا بجزءٍ منه، وليس كذلك الرهن بالمسلم فيه إذا تفاسخا أنه يكون رهنًا برأس المال

---

(١) المتعة: اسم من التمتّع، ومتعة الطلاق من ذلك، ومتَّعت المطلقة بكذا: إذا أعطيتها إياه؛ لأنها تنتفع به وتمتع به، والمقصود هنا بمتعة الطلاق: الكسوة التي يرسلها الزوج أو نحوها لمطلقته بعد الطلاق. انظر: المغرب؛ المصباح (متع).

(٢) في ب (يمنعه) والمثبت من أ.

(٣) في ب (ولآخذ منه).

(٤) في ب (ولا يكون) والمثبت من أ.

استحسانًا ؛ لأن رأس المال بدل عن المُسَلَّمِ فيه ، والرهن بالمُبْدَلِ يكون رهنًا ببدله ، كمن أخذ رهنًا بالعين المغصوبة ، فتلفت صار رهنًا بقيمتها ؛ ولأن الرهن بمهر المثل لو صار رهنًا بالمتعة لهلك بمهر المثل ، ولم يهلك بالمتعة ؛ لأن قبضه وقع موجبًا لضمان مهر المثل.

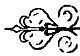
ألا ترىٰ أن الرهن بالمسلم فيه لما صار رهنًا برأس المال ، هلك بالمسلم فيه الذي أوجبه القبض ، فلما لم يجعله هالكًا بمهر المثل ، دَلَّ علىٰ أنه ليس بمضمون.

لمحمد ـ وهو قول أبي يوسف الأول ـ: أن الرهن مقبوض بموجب العقد ، وبموجب العقد مهر المثل قبل الطلاق ، والمتعة بعده ، فكان رهنًا بكل واحد منهما ، ألا ترىٰ أن الرهن بالمسلم فيه رهن بموجب العقد ، وذلك تارة يكون بالمسلم فيه وتارة برأس المال.

وإنما جعله محمد هالكًا بالمتعة ولم يجعله هالكًا بمهر المثل ؛ لأن مهر المثل يسقط بسبب لا يوجب الضمان ، فلم يجز أن يصير الرهن مضمونًا به ، وليس كذلك الرهن بالمسلم فيه إذا هلك بعد الإقالة ، أنه يكون هالكًا بالمسلم فيه ؛ لأنه يسقط بالإقالة ، وهو بسبب موجب للضمان. والله تعالىٰ أعلم.

٢٣٧٢ - فَصْـل: [حبس الرهن بقبض المبيع]

قال: ولو أسلم رجل إلىٰ رجل في كُرّ حنطة سَلَمًا صحيحًا وأخذ بالطعام رهنًا ثم تقايلا ، كان له في قولهم جميعًا: أن يحبس الرهن برأس المال ، [فإن هلك الرهن في يده ، هلك بالطعام في قولهم ؛ لأن رأس المال] بدل عن المسلم فيه ، والرهن بالشيء يجوز أن يكون رهنًا ببدله ، كالرهن بالعين المغصوبة إذا




هلكت، كان رهنًا بقيمتها؛ ولهذا قالوا في المستأجر إذا عَجَّل الأجرة ثم انتقضت الإجارة: إنه يحبس العين المستأجرة بالأجرة، وإن كانت قبل الفسخ محبوسة في يده بالمنافع (التي هي المبدل.

وإنما هلك الرهن بالمسلم فيه؛ لأنه قبضه بضمانه)[1]، والهلاك يقع على الوجه الذي اقتضاه القبض، إلَّا أن يكون سقوط الدين بسبب لا يوجب الضمان.

قال: وكذلك كل بيع انتقض فكان في يد أحد المتبايعين شيء مما قبضه بالعقد، فله حبسه حتى يأخذ بدله الذي دفعه، وكذلك إن كان قد أخذ به رهنًا قبل الانتقاض، فله حبس الرهن بالبدل، فإن هلك الرهن هلك بضمان ما قبضه رهنًا لا ببدله على ما وصفت لك في السَّلَم.

أمّا انتقاض البيع الذي ذكره فصورته: أن يتقابض المتبايعان ثم يتفاسخا، فللمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن؛ لأن حقه مع البائع عند الفسخ كحق البائع معه عند العقد.

وأما قوله: فكذلك [٣٩٦/] إن كان أخذ به رهنًا قبل الانتقاض، فكالبائع إذا سَلَّمَ المبيع وأخذ بالثمن رهنًا ثم تقايلا، كان له أن يحبس الرهن بقبض المبيع؛ لأنه كان محبوسًا ببدله، وإن هلك في يده هلك بالثمن على ما قدمنا.

٢٣٧٣ - فَصْل: [الضمان في موت المرتهن المستعير]

قال وإذا استعار المرتهن من الراهن الرهن ليعمل به عملاً، فمات قبل أن يأخذ في العمل، مات على ضمان الرهن، وكذلك إن مات بعد الفراغ من العمل.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من أ.

فإن مات في العمل مات بغير ضمان؛ وذلك لأن يد المستعير مخالفة ليد المرتهن؛ لأن العارية لا يتعلق بقبضها ضمان، والرهن يتعلق بقبضه الضمان، فإذا أذن الراهن للمرتهن، أن يستعمل الرهن فما لم يستعمله فيد الرهن باقية، فإذا هلك هلك على الضمان.

وكذلك إذا استعمله ثم فرغ من العمل فقد زالت يد العارية فعادت يد الضمان، وإذا هلك في حال العمل، فقد [هلك] بعد زوال [حكم] الرهن وقبضه وحدوث قبض آخر غير مضمون، فإذا هلك في هذه الحال، هلك على الأمانة.

قال: وكذلك إذا استعاره الراهن من المرتهن لخدمته، أو ليعمل [له] عملاً فإنه يخرج من ضمان المرتهن حين يقبضه أو يستعمله في ذلك العمل.

والرهن في [حال] العارية في الوجهين [جميعًا] خارج من ضمان الرهن غير خارج من عقد الرهن، وحقوق الرهن كلها باقية غير الضمان؛ وذلك لأن الراهن إذا استعاره وقبضه فقد زال القبض الموجب للضمان، [فزال الضمان].

وإنما لم يبطل العقد؛ لأن قبض العارية لا يتعلق به الاستحقاق، وللمرتهن إبطاله متى شاء، ومتى لم يستحق به[1] المرتهن لم يبطل عقد الرهن.

قال: وكذلك إن أعاره الراهن برضا المرتهن، أو المرتهن برضا الراهن من رجل أجنبي فقبضه فهو خارج من ضمان الرهن، وليس بخارج من عقده، ولكل واحد من الراهن والمرتهن أن يبطل العارية ويرده رهنًا كما كان؛ وذلك لأن المستعير إذا قبض برضا الراهن والمرتهن، فقد زال القبض الموجب للضمان،

---

(١) في أ (يد).

وحدثت يد أمانة.

فإذا هلك لم يسقط شيء من الدين، ولا يبطل الرهن لما بيّنا أن [يد] المستعير ليست بمستحقة، وللمرتهن أن يسترجع الرهن [متىٰ شاء]؛ لأن الإمساك حق له فهو [كالمالك][١] في إبطال العارية، وكذلك للراهن أن يطالب برده إلىٰ يد المرتهن؛ لأن له حقًا في ذلك، ألا ترىٰ أنه قبل الرد يهلك علىٰ الأمانة، وبعده يهلك علىٰ الضمان.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل رهن أمةً بألف قيمتها ألف، فاستعارها الراهن فهلكت في يده، فإن الدين عليه علىٰ حاله، ولا يبطل، وهذا علىٰ ما بيّنا، ولو لم تمت حتىٰ ولدت ولدًا يساوي ألفًا ثم ماتت ثم قبضه المرتهن، فإن المال ثابت علىٰ الراهن لا يبطل منه شيء بموت الأم، والبنت رهن بجميع المال؛ [وذلك] لأن الأم هلكت بعد زوال ضمان المرتهن[٢]، فتهلك علىٰ الأمانة، إلا أن عقد الرهن بحاله، والاستحقاق يتعلق به، فيتعلق بالولد؛ فلذلك كان للمرتهن أن يحبس الولد بجميع الدين.

قال: وكذلك لو ولدت البنت بنتًا أخرىٰ تساوي ألفًا فإنهما رهن بجميع المال، فإن ماتتا لم تحتسب بهما؛ وذلك لأن الولد ليس بمضمون فلا يتعلق بهلاكه ضمان.

وليس هذا كما لو هلكت الأم في يد المرتهن، ثم هلك ولدها؛ لأنا نحكم بانتقال الضمان الذي في الولد إلىٰ الأم، فكأنها هلكت به.

(١) في ب (أي المالك) والمثبت من أ.
(٢) في أ (الرهن).




فأما [٣٩٧/أ] أن يسقط بهلاك الولد شيء فلا، ومتى نقلنا ما في الولد في مسألتنا إلى الأم فقد هلكت الأم غير مضمونة، فلم يجز أن يسقط بهلاكها الدين.

ولا يسقط بهلاك الولد [شيء]؛ لأنه تبع، فبقي الدين بحاله.

قال: ولا يفتك الراهن واحدة منهما دون الأخرى حتى يؤدي المال كله؛ وذلك لأنهما جميعًا دخلا في الرهن، والراهن لا يملك تفريق [الصفقة][1] على المرتهن.

قال أبو الحسن: وهذه المسألة على صحة ما قلناه أنها تخرج من ضمان الرهن، ولا تخرج من عقده، ولو خرجت من [عقد] الرهن لم يكن الولد المولود في يد الراهن، هي عارية في يده داخلة في الرهن.

وقد حكى أبو عمرو حفص بن صالح، عن محمد في [مسائل][2] الجملة التي ذكرناها قال: فإذا أعار[3] المرتهن الرهن للراهن أو غيره بأمره فقد خرج من ضمان المرتهن، وهو رهن كما كان، وله أن يعيده في الرهن إذا شاء عند قاضٍ أو غيره.

وهذا على ما بيّنا أن العارية لا يتعلق بها الاستحقاق، والرهن قد تعلق به الاستحقاق، فكان له أن يعيد[ه إلى] قبضه.

قال: فإن هلك الراهن قبل أن يعيده في الرهن، فالمرتهن أحق به من بقية

(١) في ب (الصفة) والمثبت من أ. والمراد بتفريق الصفقة: تسليم بعض المعقود عليه دون بعضه الآخر. انظر: معجم لغة الفقهاء (فرق).

(٢) في ب (مسألة) والمثبت من أ.

(٣) في أ (أعاد).

الغرماء؛ [وذلك] لأن العارية لا تبطل حكم الرهن، ومن أحكام الرهن أن يقدم المرتهن فيه على الغرماء.

قال: فإن أوجب في الرهن حقًا لغيره كالإجارة والبيع والهبة، فإن ذلك يخرجه من الرهن ولا يقدر أن يعيده فيه أبدًا إلا بعقد مستأنف، فإن مات الراهن بعد ذلك وعليه دين لغير المرتهن، فهو أسوة الغرماء؛ وذلك لأن هذه العقود إذا تمت تعلق بها الاستحقاق، فإذا رضي المرتهن بها انفسخ الرهن؛ لاستحالة أن يبقى مع انتقال ملك الراهن أو مع استحقاق المستأجر لليد[١].

وليس كذلك العارية؛ لأن الاستحقاق لا يتعلق بها، فلم يبطل الرهن، وإذا بطل الرهن بهذه العقود ثم انفسخت لم يعد الرهن إلا بعقد وقبض؛ لأنه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق عليه. والله تعالى أعلم[٢].



(١) في أ (إليه).
(٢) انظر: الأصل ١٤٩/٣ وما بعدها.

بَابُ
الزيادة في الرهن



قال أبو الحسن: قال أصحابنا جميعًا في رجل رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف، ثم زاد أمة في الرهن تساوي ألفًا، فإن الزيادة جائزة عندهم جميعًا، ويقسم الدين الذي هو رهن به علىٰ قيمة الأول يوم قبضه، وقيمة الزيادة[1] يوم قبضت، (وإن كانت قيمة الزيادة خمسمائة كان في الزيادة ثلث الدين، وفي الأصل ثلثاه)[2]، وإن كانت قيمة الزيادة مائتين، ففيها سدس الدين[3].

أما جواز الزيادة في الرهن فهو استحسان، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، وما ذكره أبو الحسن أنه قول أصحابنا جميعًا، يعني به: الثلاثة.

وجه القياس ـ [وهو قول زفر] ـ: أن الزيادة توجب تغيير الضمان الذي أوجبه القبض؛ وذلك لا يجوز مع بقاء القبض كالغصب.

وجه الاستحسان: أن الزيادة تلحق علىٰ وجه لو كانت موجودة في الابتداء صحّت، ألا ترىٰ أنه لو رهن العبدين ابتداءً بالدين جاز، فكذلك إذا ألحق أحدهما بالآخر، كالزيادة في المبيع.

وليس كذلك الزيادة في الدين؛ لأنها تلحق علىٰ وجه لو كانت موجودة في

(١) في أ (وعلىٰ قيمة الثاني يوم قبض).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٢٠٠، ٢٠١.




الابتداء لم يصحَّ ، ألا ترىٰ أنها في التسمية منفردة عن الأولىٰ ، فكأنه قال: رهنتك بعض هذا العبد بكذا ، وبعضه بكذا ؛ ولأن الرهن وثيقة فجاز [٣٩٧/] أن يلحق به وثيقة أخرىٰ كالكفيل بعد الكفيل بدين [واحد][1] ؛ ولأن الزيادة في الرهن زيادة فيما وقع عليه العقد ، كالزيادة في المبيع والثمن.

فأمّا الزيادة في الدين فزيادة فيما لم يقع عليه العقد ، ألا ترىٰ أن الدين يثبت بعقد المداينة لا بعقد الرهن ، والزيادة تلحق بما لم يثبت بالعقد.

[قال]: فإذا ألحقت الزيادة اعتبرت قيمة الأصل يوم قُبض وقيمة الزيادة يوم قبضها ؛ لأن كل واحد منهما دخل في الضمان بالقبض ، وينقسم الدين علىٰ [قدر][2] القيمتين.

قال: ولا يعتبر نقصان قيمة الأول في السعر ؛ وذلك لما بيّنا أن الضمان تعلق بالقبض ، فالمعتبر بالقيمة يوم القبض.

قال: ولو نقص الأصل في بدنه ذهب من الدين بقدر النقصان ، فإن [زاده][3] الراهن بعد ذلك رهنًا آخر قسمت ما بقي من الدين في الأول علىٰ قيمة الباقي منه وعلىٰ قيمة الزيادة [فيه] يوم قبضت ، وكان الدين فيهما علىٰ قدر ذلك.

وهذا كرجل رهن رجلاً جارية تساوي ألف درهم بألف درهم ، فاعورَّت ثم زاده [الراهن] عبدًا يساوي ألفًا فقد ذهب باعورارها نصف الدين ، وبقي فيها خمسمائة ، فتقسم الخمسمائة الباقية من الدين علىٰ قيمة الأمة عوراء وعلىٰ قيمة

---

(١) في أ (آخر).

(٢) في ب (أقل) والمثبت من أ.

(٣) في ب (زيادة) والمثبت من أ.

العبد الزيادة صحيحًا يوم قبضه، فيكون في العبد الزيادة ثلثا الخمسمائة، وهو ثلث الألف إن هلك هلك بثلث الألف، وإن هلكت العوراء ذهب بهلاكها ثلث الخمسمائة، وقد ذهب بالعور خمسمائة؛ وذلك لأن الجارية لما اعورّت سقط نصف الدين بعورها.

فإذا زاد في الرهن فالزيادة فيما بقي من الدين، فوجب قسمة الباقي ـ وهو خمسمائة ـ علىٰ ما بقي من الأمة ـ وهو خمسمائة ـ وعلىٰ العبد الزيادة، وهو ألف، فيكون ما بقي من الدين [فيهما] أثلاثًا.

وليس هذا كما لو ولدت بعدما اعورت ولدًا يساوي ألفًا، أن الدين يقسم علىٰ قيمتها صحيحة وعلىٰ قيمة الولد يوم الفكاك، فما أصاب الأم سقط بالعور نصفه؛ وذلك لأن الولد متولد منها ومن تابع لها، والزيادة منها يجوز أن تجعل كالموجودة في الأصل، وليس كذلك الزيادة من غيرها؛ لأنها غير تابعة لها، فلم [يعتبر] حكم النقص الحاصل فيها.

وقد قالوا فيما يشاكل هذه المسألة: إذا رهن [رجل من رجل] جارية بألف، ثم قضىٰ الراهن [المرتهن] خمسمائة، ثم إن الراهن زاد [المرتهن] في الرهن عبدًا قيمته ألف، فإن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية من الدين، ويقسم الدين الباقي وهو خمسمائة علىٰ قيمة الزيادة وهو ألف، وعلىٰ نصف قيمة الأمة الأولىٰ، وهو خمسمائة، فقسمت الخمسمائة علىٰ الزيادة وهي ألف وعلىٰ نصف الأمة وهو خمسمائة، فتصير الزيادة رهنًا بثلثي الخمسمائة، و[تصير] الأمة رهنًا نصفها بثلث هذه الخمسمائة، ونصفها الآخر كأنه مرهون بخمسمائة.

فإن ماتت الزيادة ماتت بثلثي الخمسمائة، وإن ماتت الأمة الأولىٰ ماتت

بالخمسمائة التي قضىٰ المرتهن وبثلث الخمسمائة، فتموت بستمائة وستة وستين وثلثين؛ وذلك لأن الزيادة بعد قضاء الدين تلحق ما بقي منه، ولا تلحق بما قضىٰ، ألا ترىٰ أنه لو قضاه كل الدين ثم زاده كانت الزيادة باطلة، وإذا ألحقت بما بقي وهو نصف الدين [٣٩٨/أ] صارت الزيادة في نصف الرهن، فينقسم ما بقي من الدين علىٰ قيمة الزيادة يوم القبض، وعلىٰ قيمة نصف الجارية، فيجعل في الزيادة ثلثا ما بقي، وفي نصف الرهن الجارية الثلث.

فأما النصف الآخر من الجارية فقد قضىٰ الراهن ما كان فيه من الدين، إلا أن ضمانه باقٍ لبقاء القبض، فبقي مضمونًا بالخمسمائة التي اقتضاها القبض الأول؛ فلذلك قال: إن الجارية إذا هلكت يذهب نصفها بخمسمائة، ونصفها بثلث خمسمائة.

قالوا: فإن لم يزد الراهن [المرتهن في] الرهن شيئًا حتىٰ قضىٰ [الراهن] المرتهن خمسمائة من الدين، ثم إن الجارية اعورَّت، فإن المرتهن كأنه استوفىٰ بالاعورار خمسمائة فتصير هذه الخمسمائة التي استوفاها مائتين وخمسين مما كان وقع عليه القضاء، ومائتين وخمسين مما بقي مما لم يقبض.

فإن زاد الراهن المرتهن في الرهن عبدًا قيمته ألف درهم نظرت، فإذا في الأمة العوراء مائتين وخمسين مما لم يقبض، وتلحق الزيادة هذه المائتين والخمسين، فينقسم الباقي وهو مائتان وخمسون علىٰ قدر الزيادة وعلىٰ نصف الأمة العوراء، فيكون المائتان وخمسون بينهما علىٰ خمس، فما أصاب أربعة أخماس مائتين وخمسين فهو [في] الزيادة، وما أصاب الخمسين فهو في الأمة العوراء. والله تعالىٰ أعلم.




بَابُ
الزيادة في الرهن بعد الولادة

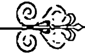


قال ابن سماعة عن محمد في نوادره: سمعت محمدًا قال في رجل رهن عند رجل أمةً بألف قيمتها ألف، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم [إن الراهن] زاده في الرهن عبدًا يساوي ألفًا.

قال: فإنّ العبد يكون رهنًا بنصف الألف، ولا يحتسب بالولد؛ وذلك لأن الزيادة تلحق العقد، وتصير كالموجودة فيه، كأنه رهن الأمة والعبد بألف ثم ولدت الأمة، فإن الدين ينقسم على الأمة والعبد، فما أصاب الأمة انقسم فيها وفي ولدها، فصار في العبد الزيادة من الدين خمسمائة، وفي الجارية وولدها خمسمائة، فإن مات الولد لم يلتفت إليه، ولم ينقص مما كان في العبد الزيادة من الدين شيء، ولم يزد فيه.

وكذلك لو لم يمت الولد ولكن زادت قيمته فصار يساوي ألفين، أو ولد للولد ولدٌ يساوي ألفًا، أو ولدت الأمة ولدًا آخر يساوي ألفًا، فإن الدين[1] في العبد الزيادة لا تتغير؛ وذلك لما بيّنا أن الولد داخل في حصة الأم، فلا يتغير بنقصانه ولا بموته ولا بزيادته حكم العبد الذي لم يدخل معه، وإنما يختلف به حكم الأمة، فإن مات عاد ما فيه إليها، وإن زادت قيمته انتقل إليه بعض ما فيها، وإن نقصت قيمته انتقل بعض ما فيه إلى الأم[2].

(١) في أ (الوالدين) والمثبت من ب.
(٢) في أ (الأمة).




قال: ولو ماتت الأم وبقي ولدها وقيمته ألف مثل قيمة الأم، فإن الأم تذهب بمائتين وخمسين؛ وذلك لأن الدين انقسم فيها وفي الزيادة نصفين، فأصابها خمسمائة انقسمت فيها وفي ولدها نصفين.

قال: ولو زادت قيمة الأم لم يتغير ما في الزيادة ولم ينقص ولم يزد؛ وذلك لأن قيمة الأم تعتبر يوم القبض، وما [يتجدد][1] بعده من الزيادة والنقصان لا يغيّر حكم القسمة.

[قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وكذلك إن زاده عبدًا مع الجارية قبل الولادة ثم ولدت الأمة، فهذا والأول سواء؛ لأن الولد إذا دخل في حصة الأم خاصة، فلا فرق بين حدوثه قبل الزيادة وبعدها][2].

قال: والزيادة في الرهن يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن.

قال [٣٩٨/ب] في الأصل: يجوز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز، وقد بيّنا هذه المسألة بخلاف زفر. والله أعلم.

٢٣٧٤ ـ فَصْـل: [زيادة الراهن في الدين بالزيادة في الرهن]

قال: وإن زاده الراهن في الدين على أن تكون الزيادة في الرهن، فإن ذلك لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وزفر، وقال أبو يوسف والحسن بن زياد: هو جائز.

وجه قولهم: أن الزيادة في الدين تلحق على وجه لا يجوز في الابتداء، ألا ترى أن كل الرهن مشغول بالدين الأول، فإذا زاد مثله انتقل الدين الأول إلى

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من أ.

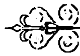
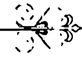
نصف الرهن ، والثاني إلىٰ نصفه ، ولو رهنه ابتداءً نصف العبد بدين ونصفه بدين آخر لا يجوز ، فكذلك في الثاني ؛ ولأن الزيادة في العقود إما تجوز في المعقود عليه ، والدين لم يثبت بعقد الرهن ، وإنما يثبت بالمداينة ، فالزيادة فيه زيادة فيما لم يقع عليه العقد ، فلا تلحق به ، ولهذا جوّزوا الزيادة في الرهن ؛ لأنه زيادة في المعقود عليه .

لأبي يوسف: أن الزيادة تلحق بالعقد ، وتصير كالموجود فيه ، فكأنه رهنه ابتداءً بالدين ، ولأن الرهن في مقابلة الدين ، ومضمون كالمبيع والثمن ، فلما جازت الزيادة في الرهن ، كذلك فيما هو مضمون به ، كما جازت في المبيع والثمن . والله أعلم .

٢٣٧٥ ـ فَصْل: [إلحاق الزيادة بما هو معقود عليه]

وقال ابن سماعة عن محمد: في رجل رهن عند رجل أمة بألف قيمتها ألف ، فجاءت بولد قيمته ألف ، ثم ماتت الأم ، فإن الولد رهن بخمسمائة ، فإن زاده الراهن عبداً قيمته ألف ، فإن الولد والعبد رهن جميعًا بخمسمائة ، فإن مات العبد افتك الولد بمائتين وخمسين ؛ [وذلك] لأن الزيادة في مسألتنا لاحقة بالولد دون الأم ، ألا ترىٰ أن الأم خرجت من العقد بالموت ، والزيادة إنما تلحق بما هو معقود عليه ولا يبطل العقد فيه ، وإذا دخلت الزيادة مع الولد خاصة انقسم ما فيه علىٰ قدر قيمته وقيمة الزيادة ، فكان فيه نصفها ، فإذا مات مات بذلك .

قال: فإن مات الولد ولم يمت العبد ، أخذ العبد بغير شيء ؛ لأن موت الولد لا يتعلق به سقوط شيء من الدين ، وإنما يرجع ما فيه إلىٰ الأم ، فكأنّها لم تلد ، فيحكم بأنها ماتت بكل الدين وبطلت الزيادة ؛ لأنها دخلت علىٰ ما لا ضمان

فيه، فيأخذ العبد بغير شيء.

قال محمد: ألا ترىٰ أن الولد لو زادت قيمته فصار يساوي ألفي درهم بعد موت أمه، أنه يكون فيه وفي العبد الزيادة ستمائة وستة وستون وثلثان أثلاثًا، في العبد الزيادة ثلث ذلك، وتكون الأم قد ذهبت بثلث الألف.

وكذلك لو نقص الولد حتىٰ صار يساوي خمسمائة، كان فيه وفي العبد الزيادة ثلث الألف أثلاثًا، في العبد ثلثا ذلك، وفي الولد الثلث.

فكلَّما نقصت قيمة الولد، يعتبر ما فيها من الدين، وكذلك إن زادت قيمته، [نقص][1] ما في العبد الزيادة من الدين، وكذلك إن مات الولد ولم يصر فيه شيء من الدين، صار العبد الزيادة بغير رهن، يأخذه صاحبه بغير شيء، وهذا علىٰ ما قدمنا أن قيمة الولد في القسمة تعتبر يوم الفكاك، فيزيد ما فيه بزيادة قيمته، وينقص بنقصانها.

وإنما ذكر محمد هذين الاستشهادين ليبيّن أن ما في الولد غير مستقر، فإذا مات فكأنّه لم يكن، فتبطل الزيادة التي دخلت عليه.

قال: ولو مات العبد الزيادة بعد موت الولد قبل أن يقبضه الراهن لم يكن [٣٩٩/أ] من ضمانه علىٰ المرتهن شيء قليل ولا كثير؛ لأنه ليس برهن، ألا ترىٰ أنه قبضه ولا دين هناك، ولا يقال: إنه قبضه علىٰ دين مضمون في الظاهر؛ لأنه وإن كان كذلك فقد ثبت بهلاك الولد سقوط الدين في الظاهر، فصار كمن دفع رهنًا بدين يظنه عليه ثم تصادقا أن لا دين، ثم هلك الرهن.

(١) في ب (بعض) والمثبت من أ.

وقال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة في رجل ارتهن جارية بألف تساوي ألفًا، فولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم إنّ الراهن زاد المرتهن غلامًا يساوي ألفًا فقال: هذه الزيادة لك مع الأم، كان الغلام رهنًا بخمسمائة، وكانت الأم وولدها رهنًا بخمسمائة، فإن مات الولد صارت الأم رهنًا بخمسمائة، وإن زاد الولد حتىٰ يساوي ألفين صار رهنًا بثلثي خمسمائة؛ وذلك لأنه لو أطلق الزيادة لحقت بالأم علىٰ ما قدمنا، فإذا اشترط ذلك أولىٰ، فإذا دخلت مع الأم انقسم الدين عليهما، ثم انقسم ما في الأم عليها وعلىٰ ولدها، تحتسب قيمته يوم الفكاك.

قال: ولو لم يزد الغلام مع الأم، [ولكنه] زاده مع الولد، فقال: هذا زيادة في الولد بما في [غير][1] الولد من الدين، ثم زاد الولد حتىٰ صار يساوي ألفين، كان هو والغلام رهنًا بثلثي الألف، فإن مات الولد صار الغلام رهنًا بغير شيء، ورده علىٰ الراهن، وإنما جازت [الزيادة] في الولد؛ لأن له حصة من الدين[2] في الظاهر، وللراهن غرض في إدخال الزيادة علىٰ الولد دون أمه، فيدخل معه، وانقسم ما في الولد علىٰ قيمته وقيمة الزيادة، فإذا مات الولد عاد ما فيه [من الدين] إلىٰ الأم، فصار كأنّه لم يكن، فالزيادة دخلت علىٰ غير رهن فيسقط حكمها. والله تعالىٰ أعلم.



(١) في ب (عتق) والمثبت من أ.
(٢) في أ (الثمن).

بَابُ
رهن الفضة بالفضة



قال ﷺ: هذا الباب يختص [برهن] كلِّ شيء يقع فيه الربا بجنسه، وهو مبني على أصول منها:

أنه إذا رهن فضة بفضة، أو ذهبًا بذهب، أو حنطة بحنطة، أو شعيرًا بشعير، فهلك الرهن وقيمته مثل الدين، وقدره كقدره، هلك بالدين في قولهم؛ لأن هلاك الرهن يقع به الاستيفاء، واستيفاء [الدين بهذا الرهن][1] جائز، فإن كانت قيمته أكثر من قيمة الدَّيْن، وقدره مثل قدر الدين، [فإن هلك] هلك بالدين في قولهم؛ لأن من أصل أبي حنيفة: أن الجودة إذا لاقت جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة لها، فكأنه مثل الدين.

وعلى قول أبي يوسف: أن الجودة كزيادة وزن، ولو كان الوزن زائدًا هلك بعضه بالدين، وبعضه على الأمانة.

وأمّا إذا كانت قيمته أقل من قيمة الدين فهلك، ذهب بالدَّيْن عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يغرم المرتهن بمثله إن كان له مثل، وقيمته إن لم يكن له مثل من غير جنسه، ويرجع بالدين.

قال: وهذه المسألة مبنية على اختلافهم فيمن له على رجل دراهم جياد فاستوفى منه رديئة، وهو لا يعلم فأنفقها.

---

(١) في ب (الرهن بهذا الدين) والمثبت من أ.

قال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء، وقا[لا][1]: يرد مثل الزيوف، ويأخذ الجياد.

لأبي حنيفة: أن الفسخ لا يجوز أن يقع على ما لم يقع عليه القبض، كما لا يفسخ العقد على ما لم يقع عليه العقد، ولا يجوز أن يرجع بالنقصان لما فيه من الربا، فلم يبق إلا أن يسقط حقه.

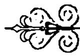
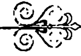
وجه قولهما: أن [٣٩٩/ب] حقه في الوزن والجودة، وقد استوفى أحدهما، فبقي [الحق] الآخر، ولا يمكن استيفاؤه إلا بغرامة مثل المقبوض والرجوع بالحق.

وإذا ثبت هذا [في مسألة الدين] قال أبو حنيفة: هلاك الرهن استيفاء من طريق الحكم، فهو كالاستيفاء من طريق المباشرة، فلا يرجع بشيء.

[وقالا][2]: يغرم ما استوفاه، ويرجع بحقه، فإن قيل: لا تشبه مسألة الرهن بما ذكرتم من قبض الدين؛ لأن تلك المسألة موضوعة على أنه قبض الزيوف وهو لا يعلم، ولو قبضها وهو عالم بها لم يكن له الرجوع، وفي مسألتنا: قبض الرهن أدون من حقه وهو عالم به.

والجواب[3]: أنه لم يقبض الرهن [ليملك][4] حتى يصير راضيًا بالاستيفاء، وإنما قبضه للحبس؛ فلذلك لم يلزم هذا السؤال[5].

(١) في ب (قال: لا) والمثبت من أ.
(٢) في ب (قال: لا) والمثبت من أ.
(٣) في أ (قيل له).
(٤) في ب (ليهلك) والمثبت من أ.
(٥) انظر: الأصل ١٧١/٣ وما بعدها.

٢٣٧٦ ـ فَصْل: [الضمان بحصول النقص في الرهن]

وأما إذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن، فقد ذكر في الأصل عن أبي حنيفة: أنه يضمن قيمته، فيكون رهنًا، وإن كان وزنه أكثر من الدين ضمن منه بقدر الدين.

وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأمالي وفي نوادره: أنه لا ضمان علىٰ المرتهن، وهي رواية بِشْر في الأمالي وفي نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وكذلك روىٰ عليّ بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة.

وقال محمد في الزيادات: هو قياس قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن، وإن كانت قيمته أكثر من الدين ووزنه كوزن الدين فقد اختلفت الرواية عن أبي [يوسف][1].

وروي عن محمد عن أبي يوسف رواية الأصل: أن الرهن مضمون بالقبض، كالغصب، ومعلوم أن الغصب يستوي فيه أن يكون النقص بفعل الغاصب أو بغير فعله، فكذلك الرهن.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن الرهن مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع، ومعلوم أن النقص إذا حصل بغير فعل البائع لم يضمن، وكذلك هذا.

وأما وجه رواية محمد عن أبي يوسف: أن الرهن إذا [كان] وزنه مثل الدين

(١) في ب (أبي حنيفة) والمثبت من أ.

وقيمته أكثر، ضمن منه مقدار الدين من قيمته؛ ولأن زيادة الجودة عنده كزيادة الوزن.

وأما وجه رواية بشر عنه: أن الجودة تبع للعين، فإذا كان وزن العين مثل الدين ضمن مثل جميعها، كما لو كانت مثل الدين [في الجودة]. والله أعلم.

٢٣٧٧ ـ فَصْل: [الضمان إذا كان الرهن مثل الدين أو أجود منه]

وقد قال أبو حنيفة: إن الرهن إذا كان مثل [وزن][1] الدين، وهو أجود من الدين، فجميعه مضمون، ولا اعتبار بالجودة؛ لأنها إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها.

وقال أبو يوسف: زيادة الجودة كزيادة الوزن؛ لأن لها قيمة، بدلالة أن من كسر إناء مصوغًا[2] ضمن الجودة كما يضمن الوزن.

وأما محمد: فجعل الجودة تابعة للوزن، وجعل المضمون من الوزن، إلا أن يكون الدين أكثر من الوزن، فيجعل المضمون منهما لأجل الضرورة، فلم يتعلق بالتبع حكم عند عدم الحاجة، وعلق به الحكم عند الحاجة إليه. والله أعلم.

٢٣٧٨ ـ فَصْل: [دخول العيب في الرهن]

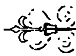
وقد قال محمد في الرهن: إذا دخله عيب وجودته مثل الدين أو أكثر، أن للراهن أن يتركه على المرتهن بدينه، ومنع أبو حنيفة وأبو يوسف ذلك؛ لأن قبض الرهن لا يتعلق به التمليك كقبض الوديعة[3]، وليس كذلك قبض الغاصب

---

(١) في ب (قدر) والمثبت من أ.

(٢) في أ (فضة).

(٣) في أ (المودع).




[٤٠٠/أ]؛ لأنه وقع موجبًا للتمليك، فكان للمالك اختيار التمليك عند النقص.

وأما محمد فقال: بأنه ضمان يتعلق بالقبض كالغصب.

وإذا ثبتت هذه الأصول قلنا: إنه لا يخلو إما أن يكون وزن الرهن مثل الدين أو أقل أو أكثر.

فإن كان مثل الدين فلا يخلو أن يكون مثله في الجودة أو أدون أو أجود.

فإن كان وزنه أكثر من الدين فلا يخلو: [إما] (أن تكون قيمته أكثر من وزنه، أو مثل وزنه، أو أقل من وزنه، ومثل الدين أو أقل من الدين أو أكثر)(١).

فإن كان وزنه أقل من وزن الدين، فلا يخلو: أن تكون قيمته أقل من وزنه، أو أكثر من وزنه، أو مثل وزنه، (ولا يخلو أن يكون)(٢) أقل من الدين أو مثل الدين، أو أكثر من الدين.

فهذه ثلاثة عشر فصلاً، كل واحد منها لا يخلو الرهن فيه من هلاك أو انكسار(٣)، فذلك ستة وعشرون فصلاً:

فالقسم الأول: إذا كان وزن الرهن مثل الدين، وقيمته كذلك: وهو أن يكون الدين عشرة، ووزن الرهن عشرة، وقيمته عشرة، فلا يخلو إما أن يهلك أو ينكسر، فإن هلك هلك بالدين في قولهم؛ لأنه مثل وزنه وجودته، فوقع به الاستيفاء، وإن انكسر ضمن قيمته بالانكسار في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة،

(١) عبارة أ هنا (.. أكثر من وزنه، أو أقلّ من وزنه ومثل الدين)، (أو أقل من وزنه وأقل من الدين، أو أقل من وزنه وأكثر من الدين).

(٢) ساقطة من أ.

(٣) في أ (نقص).

وهو قول أبي يوسف.

وقال محمد: للراهن أن يملكه بدينه على الأصل الذي قدمنا.

وإن كان وزنه مثل الدين وقيمته أقل: وهو أن يكون قيمته ثمانية، فإن هلك هلك بالدين عند أبي حنيفة؛ لأن الجودة لا قيمة لها، فيصير مستوفيًا للفضة الرديئة بالجيدة، وعلى قولهما: يضمن قيمته من الذهب، ويرجع بدينه.

وأما إذا انكسر ضمن قيمته عند أبي حنيفة في إحدى الروايتين، وهو قول أبي يوسف، ولا يمكن التمليك عند محمد؛ لأنه أدون من حق المرتهن، إلا أن يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيًا بأقلّ من حقه، (وإذا تعذر التمليك عنده لم يبق إلا الضمان)[1].

وأما إن كانت قيمته أكثر من الوزن مثل أن يكون اثني عشر، فإن هلك هلك بالدين عند أبي حنيفة؛ لأن الجودة لا قيمة لها عنده، وعند محمد: أن الجودة لا اعتبار بها هاهنا؛ لأنها فاضلة عن الدين، فهي أمانة.

وأما على قول أبي يوسف: فالجودة مضمونة كالوزن، [وقد] قيل على قوله: يهلك خمسة أسداسه بالدين، وسدسه بالأمانة، وكان الوزن اثني عشر، وفي هذا شبهة؛ لأنه يصير مستوفيًا لثمانية ودانقين بعشرة، وهذا ربا، أم يجاب[2] عنه بأن الاستيفاء من طريق الحكم يجوز فيه ما لا يجوز في الاستيفاء بالمباشرة؛ بدلالة أن المسلم فيه لا يجوز أن يستوفى [بغيره][3]، ولو هلك الرهن به صار مستوفيًا.

(١) ساقطة من أ.
(٢) في أ (وكان عندنا).
(٣) في ب (به غيره) والمثبت من أ.

وقد قيل على قوله: يضمن المرتهن خمسة أسداسه القُلب من الذهب، ويرجع بدينه حتى لا يؤدي ذلك إلى الربا.

وأما إذا انكسر فله ثلاثة أحوال: إما أن يذهب بالانكسار بعض الجودة، فتبقى قيمته أحد عشر، أو كل الجودة فتبقى قيمته عشرة، أو أكثر من الجودة، فتبقى قيمته ثمانية، وفي جميع الأحوال عند أبي حنيفة يضمن جميعه؛ (لأنّ المضمون [٤٠٠/ب] عنده الوزن؛ لأن الجودة لا اعتبار بها)[١].

وعند أبي يوسف في إحدى الروايتين: يضمن [خمسة أسداسه؛ لأنه يجعل زيادة الجودة كزيادة الوزن، وفي الرواية الأخرى: يضمن][٢] جميعه؛ لأن الوزن مثل الدين، والجودة تبع.

وأما على قول محمد: فإن نقص من قيمته درهم أو درهمان فلا ضمان على المرتهن، ويفتكه الراهن بجميع دينه؛ لأن عنده الجودة الفاضلة عن مقدار الدين أمانة، وإن نقصت القيمة عن الوزن كان للراهن أن يملكه المرتهن بدينه؛ لأنه يدفع إليه أجود من حقه، وله أن يفتكه بجميع الدين ويسقط حكم[٣] الانكسار.

وقد قيل على قوله: أن له أن يضمنه؛ لأن في التمليك إسقاط حقه من الجودة، فصار قوله كقول أبي حنيفة.

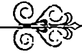
وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الدين عشرة، والوزن ثمانية، وهي خمسة فصول:

---

(١) في أ: (لأن المعتبر عنده الوزن والجودة لا معتبر بها).

(٢) ساقطة من ب والزيادة من أ.

(٣) في أ (ضمان).

إن كانت قيمته أقل من وزنه مثل أن يكون ستة ، فإن هلك هلك بثمانية عند أبي حنيفة ، وفي قولهما: يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه ، وهذا على ما قدمنا.

وإن انكسر ضمن قيمته في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ، فأمّا محمد فلا يمكنه أن يخيره في التمليك ؛ لأنه لا يجوز أن يملك المرتهن بدينه أدون منه إلّا برضاه ، فلا بد من التضمين على قوله.

وأما إذا كانت قيمته مثل وزنه فهلك ، هلك بمثل وزنه في قولهم ، وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: له أن يملكه [بثمنه من الدين] ؛ لأنه مثل الدين في الوزن والجودة.

وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين مثل أن تكون تسعة ، فهلك ، هلك بثمانية عند أبي حنيفة ؛ لأن الجودة لا معتبر بها [عنده].

وعلى قولهما: يضمن قيمته لحق الراهن حتى لا يستوفي منه [أكثر][1] من حقه.

وإن انكسر ضمنه قيمته في قولهم ؛ لأن جميعه مضمون ، إلا أن يرضى الراهن أن يجعله بثمانية من دينه[2] ، فيجوز ذلك عند محمد.

وإن كانت قيمته مثل الدين: وهو أن يكون عشرة ، فالكلام في الهلاك والانكسار كالكلام فيه إذا كانت قيمته تسعة.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين: وهو أن يكون اثني عشر ، [فإن] هلك هلك

---

(١) في ب (أجود) والمثبت من أ.

(٢) في أ (أن يملكه قيمته من دينه).




بثمانية عند أبي حنيفة ؛ لأن المعتبر عنده الوزن.

وأمّا أبو يوسف فمن أصله: أن المضمون خمسة أسداسه، فقد قيل يهلك خمسة أسداسه بالدين، وإن كان أقل من الدين وزنًا على ما بيّنا في الاستيفاء من طريق الحكم، وقد قيل عنه: أنه يضمن قيمة خمسة أسداسه من الذهب، ويرجع بدينه حتى لا يؤدي إلى الربا.

وأمّا إن انكسر، فجميعه مضمون عند أبي حنيفة ؛ لأن المعتبر الوزن، وقال أبو يوسف: يضمن خمسة أسداسه ؛ لأن الجودة عنده معتبرة كالوزن، وعلى رواية بشر: يضمن جميعه؛ لأن الجودة تبع للوزن، وأما محمد فقال: إن نقص بالانكسار درهم أو درهمان لم يضمن ؛ لأن ما زاد على الدين أمانة عنده، وإن نقص أكثر من ذلك ضمن، إلا أن يختار تمليكه بدينه، إسقاط الجودة.

وأما القسم الثالث: إذا كان وزنه أكثر من الدين وهو أن يكون اثني عشر، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك، ذهب خمسة أسداسه [٤٠١/أ] بالدين، وسدسه أمانة في قولهم.

وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: له أن يملكه خمسة أسداسه بالدين ؛ لأنه مثل حقه.

وأما إن كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين، مثل أن يكون وزنه اثني عشر وقيمته أحد عشر، فإن هلك هلك بالدين خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، ولا رواية عنهما في هذا الفصل.

وقد قيل: ينبغي أن يضمن خمسة أسداسه ويرجع بدينه، وقيل على قياس

قولهما: يهلك بالدين، وهو غلط؛ لأنا إن جعلنا جميعه هالكًا بالدين أدّىٰ إلىٰ أن يستوفي أكثر من حقه، وإن جعلنا بعضه هالكًا بالدين وهو مثل وزنه أدىٰ إلىٰ استيفاء أقل من حقه.

وأمّا إن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر بالجودة، وهكذا يجب أن يكون [علىٰ] قول أبي يوسف؛ لأنه لا جودة في الرهن، فيعتبر الوزن، وعلىٰ قول محمد: لا يجوز التمليك؛ لأن الوزن أدون من الدين.

وقد قيل علىٰ قياس قولهما: يغرم عشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا من الدين(١)؛ لأنه قدر المضمون، وهذا يؤدي إلىٰ إسقاط الوزن، واعتبار الأمانة في القيمة.

وأما إن كانت قيمته بمثل الدين عشرة فهلك، هلك خمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة؛ لأن المعتبر عنده بالوزن، وقالا: يغرم خمسة أسداسه، ويرجع بحقه، وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة، وعندهما يغرم جميع قيمته، والتمليك لا يمكن عند محمد.

وقد قيل علىٰ قولهما: يغرم خمسة أسداسه، وأما إن كانت قيمته أقل من الدين، مثل أن يكون ثمانية، فإن هلك ذهب خمسة أسداسه بالدين عند أبي حنيفة.

وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه، وعندهما: يغرم قيمته في الحالين، وقد قيل: إنه يغرم خمسة أسداسه.

وأمّا إن كانت قيمته خمسة عشر، فهلك خمسة أسداسه بالدين عند أبي

(١) في أ (الرهن).




حنيفة، وعلى قولهما: يحتمل أن يقال: يضمن خمسة أسداسه أيضًا؛ لأن محمدًا يجعل فضل القيمة إذا لم تدع الضرورة إليها أمانة، [وقد قيل: إن على قول أبي يوسف][1] يعتبر الوزن، والجودة تبع، وقد قيل: إنه يضمن مقدار الدين من القيمة، و[يجيء] على قول محمد: أن يملكه إن اختار؛ لأنه أجود من حقه.

وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة خمسة أسداسه، وعند أبي يوسف: يضمن ثلثه؛ لأنه يجعل الجودة كالوزن، وعلى الرواية الأخرى يضمن خمسة أسداسه، وعند محمد: إن نقص مقدار الجودة لم يعتد به، وإن نقص من الوزن: فإن شاء ملكه خمسة أسداسه بالدين، وإن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء غرمه قيمة خمسة أسداسه، حتى لا يسقط حقه في الجودة.

وقد أتت هذه[2] الأحوال على ما ذكره أبو الحسن في الباب، وبقي الكلام في فصل واحد: وهو أن كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب بالانكسار ملك ما ضمن [منه] بالضمان، وصار شريكًا في بقية الرهن.

فعلى الرواية التي قال: إن الإشاعة في حال البقاء تبطل الرهن، يقطع القلب فيعود منه ما ملكه المرتهن ويكون باقيه مع القيمة التي غرمها المرتهن حتى لا يؤدي إلى الإشاعة.

وعلى الرواية التي قال: إن الإشاعة [٤٠١/ب] في حال البقاء لا تؤثر، لا يحتاج إلى القطع، ويكون المرتهن شريك الراهن في القلب. والله أعلم.



(١) في ب (وأبو يوسف قد قيل على قوله أنه) والمثبت من أ.

(٢) في أ (وقد أثبت بهذه الفصول).

بَابُ
الرجل يستعير ما يرهن

قال أبو الحسن: وإذا استعار الرجل من الرجل شيئًا ليرهنه ثوبًا أو عبدًا أو غير ذلك من العروض، فأعاره، فله أن يرهنه بأي شيء من الدين، وبما شاء منه قليلاً كان ذلك أو كثيرًا إذا لم يسمّ له ما يرهنه به، فله أن يرهنه بأي صنف من الدين شاء، وإن سمّىٰ له قدرًا من الدين (فليس له أن يرهنه بأقل من ذلك، ولا أكثر، وكذلك إن سمّىٰ له صنفًا من الدين)[1]، فليس له أن يرهنه بصنف غيره.

قال: والأصل في جواز الاستعارة للرهن: أن المالك رضي بتعليق دين المستعير بماله، وهو يملك ذلك [كما يملك] أن يعلقه بذمته بالكفالة، وكما لو أمر عبده أن يتكفل عنه جاز، وفي ذلك تعليق الدين برقبة العبد الذي هو علىٰ ملكه؛ فلذلك إذا أذن له أن يرهنه فقد علق الدين برقبته؛ ولأن الرهن للاستيفاء، والمالك يملك أن يأذن للمستعير في إيفاء دينه من ماله.

وإذا ثبت جواز الرهن قلنا: إن أطلق الإذن فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير، وبأي جنس شاء؛ لأن إذنه في رهنه عام في كل قدر وفي كل جنس، ومن حكم اللفظ أن يحمل علىٰ العموم، إلا أن يمنع من ذلك مانع.

فأما إذا سمّىٰ له قدرًا لم يجز له أن يرهنه بأكثر منه؛ لأنه لم يرض أن يستوفي من ماله إلا ذلك القدر؛ ولأن [المعير][2] يتوصل إلىٰ أخذ عاريته لقضاء دين

(١) ساقطة من أ.

(٢) في ب (الغير) والمثبت من أ.




المرتهن، فإذا أذن [له] في مقدار يتمكن من أدائه لم يجز أن يرهن بأكثر [من ذلك][1]، فلا يتمكن منه.

وكذلك لا يجوز أن يرهنه بأقلّ من القدر الذي سمّىٰ؛ لأن [المعير][2] رضي بأن يجعله مضمونًا بذلك القدر حتىٰ إذا هلك رجع به، فإذا جعل مضمونًا بأقل منه لم يحصل له الغرض من الضمان.

وكذلك إذا سمّىٰ جنسًا لم يجز [له] أن يرهنه بغيره؛ لأنه قد يسهل عليه أن يؤدي جنسًا دون جنس، فلم [يجز أن] يلزمه ما لم يرض به.

قال: فإن رهنه بغير ما سمّىٰ من القدر أو من صنف الدين فهو ضامن لقيمة الثوب إذا هلك في يد المرتهن؛ وذلك لأنه تصرف [في ملكِ غيره][3] علىٰ وجه لم يأذن له فيه، فصار غاصبًا.

قال: وللمعير أن يأخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن فيه إذا كان معلومًا أنه إعارة من صاحبه؛ وذلك لأنه لما لم يأذن في هذا الرهن، صار كأنه [رهن] ملكه بغير أمره، فله أن يسترده[4] من يد المرتهن.

قال: وكذلك إن استعاره ليرهنه عند رجل بعينه فرهنه عند غيره؛ لأن المالك رضي بيد مخصوصة ولم يرض بغيرها، وكذلك لو قال: أرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة، كان ضامنًا لما بيّنا أنه أذن له في تصرف [مخصوص] بصفةٍ، فإذا

---

(١) في ب (منه) والمثبت من أ.

(٢) في ب (الغير) والمثبت من أ.

(٣) في ب (في ملكه) والمثبت من أ.

(٤) في أ (أن يرتجعه).

تصرف على غير تلك الصفة فكأنه ابتدأ التصرف من غير إذن.

قال: وإذا قبضه المستعير ليرهنه فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه، وكذلك إن رهنه ثم افتكه [قبل أن يرده][1] فهلك في يده بعد قبضه لم يضمن شيئًا [للمعير][2]؛ لأن قبض المستعير ليس بمضمون، وإنما يتعلق الضمان باستيفاء الدين منه، ولم يستوف [٤٠٢/أ] منه شيء؛ ولأن المعير أذن له أن يوفي دينه من ماله، وإذا لم يوف لم يضمن.

قال: فإن هلك في يد المرتهن وقد رهنه على الوجه الذي استعاره غير مخالف في ذلك، ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه بهلاك الرهن من الدين؛ لأنه وفى دينه من مال غيره بأمره، فكان لصاحب المال الرجوع عليه.

قال: وكذلك لو دخل العبد عيب في يد المرتهن فذهب من الدين بقدر حصة العيب[3]، ثم افتك الراهن الرهن، رجع صاحب العبد على الراهن بقدر ما سقط من الدين بذلك العيب؛ لأنه وفّى ذلك القدر من ماله.

قال أبو الحسن: والمعير في هذا بمنزلة رجل أذن لرجل أن يقضي دينه بوديعة له في يده، فما قضى من دينه بها أو ببعضها رجع به صاحب الوديعة على المودع، وقد بيّنا هذا.

قال: فإن عجز الراهن عن فكاكه وافتكه رب العبد، رجع بما كان الرهن يملك به، ولا يرجع بأكثر من ذلك، وهو متطوع فيما زاد على ذلك، وإنما كان

(١) في ب (وقبضه) والمثبت من أ.
(٢) في ب (للغير) والمثبت من أ.
(٣) في أ (العبد).

للمعير[1] أن يفتك العبد ؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ ماله إلا بالفكاك ، فكان مأذونًا [له] فيه ، ولا يكون متطوعًا[2] ؛ لأنه يتوصل بقضاء دين غيره إلىٰ سلامة ملكه ، فصار كالوارث إذا قضىٰ دين الميت [أنه] يرجع به في التركة ، وكصاحب العلو إذا بنىٰ السفل ، إلا أنه جعل له الرجوع بمقدار المضمون الذي كان يصير المرتهن مستوفيًا [له] بهلاك الرهن.

وبيان ذلك: أنه إذا أعاره عبدًا قيمته مائة ، وأذن له أن يرهنه بمائتين ، فافتكه المعير بمائتين ، رجع بمائة ؛ لأن العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيًا لهذا القدر ، ولم يكن للراهن أن يرجع بأكثر [منه] ، وكذلك إذا قضىٰ بنفسه لم يرجع بأكثر منه ، ويكون متطوعًا في الزيادة التي قضاها.

ولا يقال: فهو لا يتوصل إلىٰ خلاص عبده إلا بقضاء الجميع ؛ وذلك لأن استيفاء المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة ، فلا يرجع المعير إذا وفّىٰ بالمباشرة إلّا بما يرجع به إذا وفّىٰ من طريق الحكم.

قال: فإن أبىٰ المرتهن أن يقبل الفكاك من رب العبد لم يكن له ذلك ؛ وأجبره علىٰ أن يقبض منه دينه ويسلم الرهن ؛ وذلك لأن [المعِير له] حق [القضاء] لتخليص ماله ، فلم يكن للمرتهن أن يمتنع منه ، كما ليس له أن يمتنع إذا قضاه الراهن ، وليس هذا كما لو تبرع رجل بقضاء الدين عن الراهن ، أن للمرتهن أن يمتنع من القبض ؛ لأنه لا حق للمتبرع في القضاء.

قال: فإن اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن ، فقال صاحب العبد:

(١) في أ (للراهن).
(٢) في أ (متبرعًا).

هلك في يد المرتهن، وقال الراهن: هلك قبل أن أراهنه، أو بعد ما فككته هلك في يدي، فالقول قول الراهن مع يمينه؛ [وذلك] لأن المعير يدَّعي عليه إيفاء دينه من ماله [وهو ينكر]، فالقول قوله أنه لم يوف، كما لو قال [له]: اقضِ دينك من وديعتي، ثم قال المُودَع: قد هلكت قبل أن أوفي، فالقول قوله، فإن [قيل] هذا صحيح إذا زعم المستعير أنه هلك قبل أن يرهنه، فأما إذا اعترف بالرهن وادعى الفكاك فقد صار الرهن مضمونًا [عليه]، وهو يدعي البراءة من الضمان.

قلنا: ليس بصحيح؛ لأن المستعير[1] لا يضمن بالرهن، إنما يضمن بالهلاك، وإنما المرتهن هو الذي يضمن بالرهن، فلم يعترف المستعير بضمان [ثم] ادعى البراءة منه، وإنما نفى الضمان من [أصله].

قال: وإذا وكَّلَ الراهن بقبض الرهن من المرتهن رجلاً، أو وكلَّه برده على المُعِير، فإن كان [ذلك] الرجل في عيال الراهن لم يضمن [٢٠٤/ب]، وإن لم يكن في عياله ضمن إذا قبض إن هلك في يد القابض، وهو بمنزلة الوديعة في ذلك؛ لأن المالك رضي بيده ولم يرض بيد غيره، فإن كان الوكيل في عياله فيده كيده؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به، وإن لم يكن في عياله فالمالك لم يرض بيده، فيضمن[2].

قال: وليس للمستعير أن يستخدم الرهن ولا يركبه إن كان دابة، ولا يلبسه إن كان ثوبًا، ولا يستعمل الرهن في شيء غير أن يرهنه وحسب، ولا يفعل ذلك قبل الرهن، ولا بعد فكاكه، فإن فعل ضمن؛ وذلك لأن المعير أذن له في الرهن،

(١) في أ (الراهن).
(٢) انظر: الأصل، ٣/٢٢٥.

ولم يأذن في غيره من التصرف، فإذا فعله صار متصرفًا في ملك غيره بغير إذنه.

قال: فإن فعل قبل أن يرهنه [ثم رهنه] بمثل قيمته من الدين ثم قضى المال وقبضه برئ من الضمان.

وقال في الأصل: [يبرأ من الضمان حين رهنه(١)، وإنما قلنا: إنه] برئ من الضمان إذا أزال التعدي؛ لأنه في حكم المودَع، ألا ترى أنه لم يقبض العين لينتفع بها، وإنما قبضها ليوفي دينه منها، فصار كمن دفع إلى رجل دراهم وقال: اقض بها دينك، وإذا كان في حكم المودع زال ضمانه بزوال التعدي، وليس كذلك إذا استعار العين لينتفع بها؛ لأن يده ليست بقائمة مقام [يد] المالك، وإنما هي لنفسه، فلا يبرأ بزوال التعدي.

وأما اختلاف الرواية التي ذكرها [فيجوز](٢) أن يكون الاختلاف في وضع المسألة، فإذا تعدى بالركوب فأقام على التعدي حتى رهن وسلم زال الضمان؛ لأنه أزال التعدي وتصرف على الوجه المأذون فيه، والمسألة الأخرى محمولة على أنه رهن على وجه لم يأذن فيه المالك، فيكون متعديًا بالرهن أيضًا، فلا يبرأ [به] من الضمان، فإذا فكّه وردَّه إلى يده فقد أزال التعدي، فبرئ من الضمان(٣).

وما ذكره بعد هذا في الباب فقد دخل فيما ذكرنا. والله أعلم.



---

(١) انظر: الأصل، ٣/٢٢٦.

(٢) في ب (فيجب) والمثبت من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٣/٢٢٢ - ٢٢٧.

بَابُ
اختلاف الراهن والمرتهن



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل[١] جارية ثم اختلفا في الرهن، فقال الراهن: رهنتها عندك بخمسمائة، وقال المرتهن: بألف، كان القول [قول] الراهن مع يمينه، ولم يكن رهنًا إلا بخمسمائة، وكذلك إن كان الألف على الراهن فاختلفا على ما وصفت لك؛ [وذلك] لأن الراهن لم يعترف أنه علق بعين الرهن إلا خمسمائة، وادعى المرتهن أنه تعلق بالعين أكثر من ذلك، فالقول قول الأول[٢] في قدر ما تعلق بملكه؛ لأنه لو قال: لم أرهنها، كان القول قوله، فكذلك إذا قال: رهنتها بقدر دون قدر، كان القول قوله.

فإن قال الراهن: رهنتها منك بجميع الدين الذي لك وهو ألف، وقال المرتهن: ارتهنتها بخمسمائة، والجارية تساوي ألفًا، فإن الحسن روى عن أبي حنيفة: أن القول قول الراهن، ويتحالفان، ويترادان؛ وذلك لأنهما اختلفا فيما وقع عليه العقد، وهو مما يلحقه الفسخ ولا يقصد به التبرع، فصار كالبيع؛ ولأن الراهن لم يرض أن يهلك رهنه إلا بجميع دينه، فله في ذلك غرض صحيح، فلم يجز أن يلزمه العقد على وجه لم يرض به.

قال: فإن هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان على ما قال المرتهن؛ لأنه لم يعترف إلا بمقدار من الضمان، فلم يجز أن يلزمه أكثر منه.

---

(١) في أ (إذا ارتهن الرجل من الرجل جارية).

(٢) في أ (المالك).

قال أبو الحسن: ولو اتفقا على أن الجارية رهن بألف، واختلفا في قيمة الجارية [٤٠٣/أ] وقد هلكت في يد المرتهن، فقال المرتهن: قيمتها خمسمائة، وقال الراهن: قيمتها ألف، فالقول قول المرتهن مع يمينه.

وكذلك لو كانا ثوبين فهلك أحدهما، كان القول قول المرتهن في قيمة الهالك؛ لأن الضمان يجب عليه بالهلاك، فالقول قوله في قدره كالغاصب.

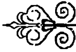
فإن أقام الراهن بَيِّنَةً على أكثر من ذلك، فالبينة بينته؛ لأنه ادعى زيادة الضمان وأقام عليها البينة، قال: وكذلك إن ادعى المرتهن أنه رهنه هذين الثوبين بألف، وقال الراهن: رهنتك هذا لأحدهما بألف، لم تقبل دعوى واحد منهما على صاحبه، ويحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر؛ لأنهما اختلفا في المعقود عليه، فصار كالاختلاف في البيع.

وقال في الأصل: إذا اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: رهنتك هذا الثوب وقبضته مني وأعطيتني [غيره][1]، وأقام البينة على ذلك، وقال المرتهن: بل رهنتهما جميعًا وأقام البينة، فالبينة بينة المرتهن، وهما جميعًا رهن بما ادعى؛ لأنه لا تنافي بين البيِّنتين، ألا ترى أنه قد يرهنه أحدهما ويزيده الآخر[2].

وكذلك لو قال الراهن: رهنتك هذا الثوب، وقال المرتهن: رهنتني هذا الآخر، وأقاما على ذلك البينة بالقبض، فإني آخذ ببيّنة المرتهن؛ لأن الرهن حق للمرتهن، وقد ادّعاه مع جحود الراهن، وأقام البينة، وأثبت له الراهن حقًا آخر ردّ إقراره فيه، فيبطل، وهذا كمن ادّعى على غيره عشرة دراهم وأقام [عليه]

(١) في ب (عشرة) والمثبت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ٣/١٩٥.

البينة، واعترف الآخر بدينار، فرد [عليه] اعترافه.

قال: وإن اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: قبضتَ مني الرهنَ فهلك في يدك، وقال المرتهن: قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك، فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على دخوله في ضمان المرتهن، وادّعى المرتهن زوال الضمان، فلا يقبل قوله.

وإذا أقاما جميعًا البينة على ما قالا أخذت ببيّنة الراهن؛ [وذلك] لأن بيّنة الراهن تثبت قضاء الدين[1]، وبينة المرتهن تنفي ذلك، فإن قال المرتهن: هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه، وقال الراهن: هلك في يد المرتهن، فالقول قول (المرتهن؛ لأنه لم يعترف بدخول الرهن في ضمانه، فلم يقبل قول)[2] الراهن في إيجاب الضمان، فإن أقاما البينة أخذت بينة الراهن؛ لأنها تثبت الضمان، وبينة المرتهن تنفيه.

وإن قال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين، وقبضتهما، وقال الراهن: رهنتك أحدهما بعينه، فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لأنه لو جحد الرهن أصلاً كان القول قوله، [كذلك إذا] اعترف بشيء دون شيء كان القول قوله، فإن أقاما جميعًا البينة أخذت ببيّنة المرتهن؛ لأنها تثبت الزيادة في الاستحقاق.

قال: وإن كان العبد رهنًا والدين ألف والعبد يساوي ألفًا فاعور، فقال الراهن: كانت هذه قيمته يوم رهنتك، وقد ذهب نصف دينك، وقال المرتهن: بل كانت قيمته خمسمائة يوم رهنتني، وإنما زاد بعد ذلك، وإنما ذهب ربع

---

(١) انظر: الأصل، ٣/١٩٥.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من أ.

حقي، كان القول قول الراهن مع يمينه؛ لأن الحال تشهد لدعواه، ومن صدق قوله الظاهر فالقول قوله، فإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعياه أخذت ببينة الراهن؛ لأنها تثبت زيادة من الضمان تنفيها بينة المرتهن، فهي أولى. والله أعلم[1].



(١) انظر: الأصل ٣/١٨٠.

بَابُ
الرهن يجعل مكانه رهنًا آخر



[٤٠٣/ب] قال أبو الحسن: إذا ارتهن الرجل عبدًا بألف يساوي ألفًا وقبضه المرتهن، ثم جاء الراهن بجارية تساوي ألفًا فقال: خذ هذه الجارية رهنًا مكان العبد، ورد إلي العبد، فقبل ذلك المرتهن، فذلك جائز، والرهن هو الأول ما كانت يد المرتهن قائمة عليه، والثاني أمانة، فإذا قبض الراهن العبد الأول صار الثاني في يد المرتهن، فقد خرج الأول من الرهن، والثاني هو الرهن.

قال: والأصل في جواز نقل الرهن إلىٰ غيره: أن الحق لهما، فإذا تراضيا علىٰ إسقاط الحق عن الأول وإثباته في الثاني جاز، ألا ترىٰ أنهما يملكان فسخ الرهن الأول، ويملكان استئناف الرهن الثاني، فكذلك يملكان الجمع بين الأمرين.

وإنما لم يسقط ضمان الأول بالعقد علىٰ الثاني؛ لأن البراءة من ضمان الرهن مع بقاء اليد لا تصح، وإذا لم يصح سقوط الضمان بصريح البراءة فبيّنا العقد علىٰ غيره أولىٰ، وإنما كان الأول مضمونًا وإن[1] قبض الثاني؛ لأن ضمانه تعلق بذلك القبض، فيبقىٰ ببقاء القبض، وإنما كان الثاني أمانة؛ لأن الراهن لم يرض بجعلهما رهنًا، وإنما رضي بأحدهما، فإذا لم يخرج الأول من ضمان الراهن لم يتعلق الضمان بالثاني، وإذا أخذ الراهن العبد الأول صار الثاني هو المضمون؛ لأنهما أقاماه مقام الأول، ونقلا إليه ما كان فيه، فإذا أزال ضمان

(١) في أ (إلىٰ أن قبض).

الأول تعلق الضمان بالثاني.

قال: ولو [هلكا][(١)] بعد قبض المرتهن الأمة والأول في يده، كان الأول [هالكًا][(٢)] بالدين، والثاني هلك بغير شيء، ولو ماتت الأمة وحدها ذهبت بغير شيء، وإن مات العبد ذهب بالدين، وهذا على ما قدمنا.

قال: فإن قبض الراهن العبدَ وسَلَّم الجارية، فماتت في يد المرتهن، ذهبت بالدين؛ لأن الضمان انتقل إليها وسقط عن العبد، فصار هلاكها كهلاك العبد قبل تسلمه[(٣)].

قال: فإن كانت قيمة العبد ـ وهو الرهن ـ الأول خمسمائة، وهو رهن بألف، وكانت قيمة الجارية ألفًا، فماتت في يد المرتهن بعدما سلّم المرتهن العبد إلى الراهن، فإنها تموت بالألف.

وروى هذا الحسن في نسق روايته عن أبي حنيفة، ثم قال: وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر؛ لأن الرهن الثاني رهن مستقل، وليس ببدل عن الرهن الأول، وإنما لم يصح اجتماعهما في الضمان؛ لأن الراهن لم يرض بذلك، فاعتبرت قيمة كل واحد منهما على حياله.

وقد روى هشام، عن محمد مثل رواية الحسن.

وقال في الجامع الصغير، عن أبي حنيفة: في رجل رهن [رجلاً] عبدًا يساوي

(١) في ب (هلك) والمثبت من أ.
(٢) في ب (رهنًا) والمثبت من أ.
(٣) في أ (تسليمه).

ألفًا بألف، ثم أعطاه عبدًا آخر يساوي ألفًا، وقال: خذ هذا مكان ذلك، فأخذه، قال: الأول رهن على حاله حتى يدفعه إلى الراهن، وهو في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول[1]، وهذا على ما بينا.

قال أبو الحسن: فإن كانت قيمة الأول ألفًا، وهو رهن بألف، فأعطاه عبدًا [آخر] يساوي خمسمائة مكان الأول، فقبض الراهن الأول وقبض المرتهن الثاني، فالثاني هو الرهن، وللمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي ألفًا، فإن هلك في يده هلك بخمسمائة؛ لما بيّنا أن الرهن الثاني ليس ببدل عن الأول، وإنما هو رهن مستقل[2]، فيضمن [بحسب][3] قيمته. والله أعلم.



(١) الجامع الصغير (مع النافع الكبير)، ص ٤٨٩.
(٢) في أ (مستقبل).
(٣) في ب (بحبس) والمثبت من أ.

بَابُ
العبد يعتقه الراهن

قال أبو الحسن: [٤٠٤/أ] وإذا رهن الرجل [عند الرجل] عبدًا يساوي ألفًا بألف إلىٰ أجل، أو [يساوي] خمسمائة، ثم إن المولىٰ أعتق العبد، فالعبد حر، وقد خرج من الرهن، فإن كان المعتق موسرًا فلا شيء علىٰ العبد، وإن أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدي المال فلا شيء علىٰ العبد من سعاية ولا غيرها.

وإنما جاز عتق الراهن خلاف ما قاله الشافعي؛ لأن الراهن قبل الرهن مالك لعتق العبد، ومن ملك عتق عبد لم يزل ملكه عن عتقه إلا بزوال ملكه عن رقبته، أو بحدوث معنىٰ في المالك يؤثر في صحة قوله؛ ولأنه محبوس للاستيفاء، كالمبيع في يد البائع.

فإذا أثبت جواز العتق، فإن كان المعتق موسرًا والدين حالاً طولب بالدين؛ لأنه لا معنىٰ لإلزام قيمة العبد مع حلول الدين، فيطالب بالدين، وإن كان مؤجلاً غرم الراهن قيمة العبد، فكانت رهنًا مكانه؛ لأنّ تعلق حق الغير بملك [الإنسان] يجعل المالك كالأجنبي، بدلالة العبد الموصىٰ بخدمته إذا أتلفه الوارث، والمأذون إذا لحقه ديون فأعتقه المولىٰ؛ ولأنه بعتقه أبطل حق المرتهن من الوثيقة، ولا يمكن استدراك حقه إلا بالتضمين.

وكذلك إن أعسر المعتق بعد العتق، فلا ضمان علىٰ العبد؛ لأنّ العتق وقع غير موجب للضمان عليه، فلا يجب ذلك في الثاني بتغير(١) حال الراهن.

(١) في أ (فيعتبر).

فأمّا إذا كان المعتق معسرًا ، فللمرتهن أن يستسعي العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ؛ لأن الدين كان متعلقًا برقبته ، وقد سلمت له رقبته بالعتق ، فإذا تعذر استيفاء الضمان من الراهن ، لزم العبد ما سلم له كغاصبَ الغاصب لما سلم له المغصوب لزمه ضمانه.

وليس هذا كالمبيع في يد البائع إذا أعتقه المشتري وهو معسر أنه ليس للبائع أن يستسعيه ؛ لأن الثمن لم يكن متعلقًا برقبة العبد وإن حبس به.

وإنما سقط الثمن بهلاكه ؛ لأنّ البيع انفسخ ، لا لتعلقه برقبته ، فإذا سلمت الرقبة للعبد وليس هناك دين متعلق بها لم يضمن.

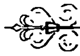
وقد ذكر الحاكم في المنتقى عن أبي يوسف أن قوله الآخر: إن العبد المبيع يسعى إذا كان المشتري معسرًا كعبد الرهن ، وإنما ضمن الأقل ؛ لأن الدين إذا كان أقل من قيمته فلا حق للمرتهن إلا فيه ، وإن كانت القيمة أقل فلم يسلم للعبد أكثر من ذلك ، فلم يضمن ما لم يسلمه له.

وأما قوله: إن العبد قد خرج من الرهن [بالعتق] ؛ فلأنه صار حرًّا ، والحر لا يصح فيه الرهن ابتداءً ، فكذلك لا يصح بقاؤه. والله أعلم.

٢٣٧٩ - فَصْل: [السعاية في الرهن]

قال: وهذا الذي ذكروه من السعاية لا خلاف فيه إذا كان الرهن معلومًا ، فأمّا إذا قال المولى لعبده: قد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ، ثم أعتقه المولى وهو معسر ، لزم العبد السعاية عندنا.

وقال زفر: لا سعاية عليه.




لنا: أن المولىٰ أقر بتعلق الدين برقبة العبد في حال تملك الرقبة، ويملك تعليق الدين بها بالإقرار، فلا يلتفت إلىٰ تكذيب العبد، وصار هذا كالدين المعلوم، وليس هذا كما لو أعتقه ثم أقرّ أنه كان رهنه؛ لأنه أقر عليه في حال لا يملك رقبته، فلا يملك تعليق الدين [بها]، فلم ينفذ إقراره.

وجه قول زفر: أن المولىٰ لا يملك إيجاب الضمان علىٰ العبد بقوله بعد الحرية، كما لو أقرّ بالرهن بعد العتق.

قال: وكل شيء [يسعىٰ][(١)] العبد فيه من ذلك رجع به علىٰ المولىٰ؛ لأنه لزمه قضاء دين غيره من طريق الحكم، وهو حر، فيرجع به كما لو لزمه القضاء بالعقد، وليس كذلك إذا تكفل العبد [٤٠٤/ب] عن مولاه ثم أعتقه، فأدىٰ الكفالة؛ [فإنه][(٢)] لا يرجع عليه؛ لأن عقد الكفالة وقع غير موجب للرجوع، فلم يجب بالأداء، كمن تكفل عن رجل بغير أمره.

قال: ولو لم يكن الراهن أعتق العبد ولكن دبّره، فقد خرج العبد من الرهن، وصار مدبرًا، وللمرتهن أن يأخذ بدينه كله [أيهما][(٣)] شاء: إن شاء العبد، وإن شاء الراهن، موسرًا كان الراهن أو معسرًا، وله أن يأخذ العبد بدينه بالغًا ما بلغ.

وإنما جاز تدبيره؛ لأنه لا يلحقه الفسخ كالعتق، وإنما بطل الرهن؛ لأن المدَبَّر لا يجوز رهنه ابتداءً، فلم يجز بقاء الرهن فيه، فأما الضمان، فلما بيّنا أنه أبطل بتدبيره حق الوثيقة.

---

(١) في ب (ينبغي) والمثبت من أ.
(٢) في ب (لأنه) والمثبت من أ.
(٣) في ب (أينما) والمثبت من أ.

وأما السعاية في المدبر فهي مخالفة للسعاية في [المعتق][1] من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المدبر يسعىٰ مع يسار المولىٰ؛ لأن أكسابه علىٰ ملكه، فجاز لصاحب الدين أن يستوفي منها، كما جاز أن يستوفي من سائر أموال الراهن.

والثاني: أنه يسعىٰ في الدين بالغًا ما بلغ؛ لأن أكسابه ملك [المولاه][2]، ودين الإنسان إذا قضي من ماله لم يقض بعضه دون بعض، وليس كذلك المعتق؛ لأن كسبه لنفسه، وإنما لزمه أن يسعىٰ في قدر ما سلّم له.

والوجه الثالث: أن المدبر لا يرجع علىٰ مولاه، والمعتق يرجع؛ لأن كسب المدبر للمولىٰ، فقد قضىٰ دينه في ماله، فلا يرجع به عليه، وكسب المعتق لنفسه، فلذلك يرجع بما يقضي من دينه.

وقد قالوا: إن الرهن إذا دبّره الراهن، أو كانت أمة فاستولدها سعت في جميع الدين إن كان حالاً، وإن كان مؤجلاً لم تسع إلا في مقدار قيمتها؛ لأن [الدين] المؤجل لا يجب قضاؤه، وإنما يجب رد عوض الرهن ليكون وثيقة في يد المرتهن، وهذا المعنىٰ موجود في قدر القيمة.

وأمّا إذا كان حالاً فقضاؤه واجب، فلم يختص القضاء من مال الراهن[3] ببعض الدين دون البعض.

قال: وإذا دبره المولىٰ فقضىٰ القاضي بأن يسعىٰ في الدين كاملاً، والدين

---

(١) في ب (المولىٰ) والمثبت من أ.

(٢) في ب (العتق) والمثبت من أ.

(٣) في أ (الغير).




أكثر من قيمة رقبته، أو لم يقض عليه حتى أعتق المولى بعد التدبير، فكأنّه أعتقه قبل أن يدبره، ولا يلزمه من الدين إلا مقدار قيمة رقبته، وما بقي من الدين فهو على مولاه؛ [وذلك] لأنه لما[1] أعتقه زال ملكه عن رقبته واكتسابه، فلم يجز أن يستوفي منه إلا مقدار ما سلّم له، فكأنّه أعتقه ابتداءً، إلا أنه يفارق العتق المبتدأ من وجه: وهو أن ما سعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى؛ لأنه أدّاه من كسب على ملكه.

قال: ولو كان الرهن أمة فحملت فأقرّ الراهن أنه منه وهي حامل، كان هذا والتدبير[2] سواء في جميع ما وصفت لك؛ لأن الاستيلاد معنى لا يلحقه الفسخ، فنفذ في الرهن كالعتق، ويلزمها السعاية في حال اليسار والإعسار؛ لأن الكسب للمولى.

قال: فإن ولدت بعد ذلك ولدًا والراهن موسرٌ أو معسرٌ لم يكن على الولد من السعاية قليل ولا كثير؛ [لأنه] لما ثبت نسبه قبل الوضع لم يدخل في الرهن، فلم يلزمه السعاية، وليس هذا كما لو ادعاه بعدما ولدته: أن الراهن إن كان موسرًا أخذ منه الدين، ولم يكن على الولد سعاية، وإن شاء استسعى الأم.

وإن كان الراهن معسرًا قسم الدين على قيمة الأم [٤٠٥/أ] والولد، فما أصاب الولد سعى في الأقل منه ومن قيمته، وسعت الأم فيما بقي بالغًا ما بلغ؛ وذلك لأن الولد دخل في الرهن بانفصاله، فلما[3] ادعاه عتق بالدعوى، فصار

(١) في أ زيادة (فقد).
(٢) في أ (العتق).
(٣) في أ (فإذا).

كأنه أوقع العتق عليه، فلا يلزمه سعاية مع يسار المعتق، وإن كان معسرًا لزمه أن يسعى في الأقل من قيمته ومن حصته من الدين؛ لأن ذلك القدر هو المتعلق برقبته.

قال: فإن لم يسع الولد في شيء حتى مات، فكأنه لم يكن، وللمرتهن أن يستسعي الأم في جميع الدين؛ لأن الولد تبع في الرهن، فإذا هلك عاد ما فيه إلى الأم، فكأنه لم يكن.

وقال في الجامع الكبير: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فرهنه بها عبدًا يساوي ألفًا، فنقص في السعر حتى صار يساوي خمسمائة، ثم إن الراهن أعتق العبد وهو معسر لا يقدر على أداء الدين، فإن العبد يسعى في قيمته يوم أعتقه، وهي خمسمائة، ويضمن المولى لصاحب الدين خمسمائة؛ وذلك لأن القدر الذي يسلم للعبد بالعتق هو قدر قيمة عند العتق، وذلك داخل في ضمان المرتهن، فلزمه أن يسعى فيه دون ما تعلق به الضمان في الأصل؛ لأن ذلك لم يسلم له.

قال: ولو لم ينقص العبد في السعر، ولكنه قتله عبدٌ قيمته مائة، فأخذه مكانه، [فإن الثاني][1] رهن مكان الأول بجميع الدين، فإن هلك هلك بجميع الدين، وإن أعتقه الراهن وهو معسر سعى الغلام في قيمته مائة، لا يسعى في غير ذلك؛ [وذلك] لأن العبد المدفوع قام مقام المقتول، فكأن الأول موجود وقد نقص في السعر، فإذا اعتقه الراهن لم يلزمه إلا مقدار ما سلم له.

قال: وإن كانت أمة رهنًا تساوي ألفًا وهي رهن بألفين، فزادت في بدنها أو في سعرها حتى صارت تساوي ألفين، فإن المولى لا يفتكها إلا بجميع الدين،

---

(١) في ب (فإنه) والمثبت من أ.

ولو هلكت هلكت بألف، فإذا أعتقها المولىٰ وهو معسر سعت في الألف، ولا تسعىٰ في غير ذلك؛ لأن العبد إنما يسعىٰ في مقدار ما يسلم له بالعتق مما دخل في ضمان المرتهن، والزيادة علىٰ القيمة لم تدخل في ضمانه، ألا ترىٰ أن الأمة لو هلكت زائدة لم تهلك إلا بألف، فلم يضمن العبد[١] أكثر من ذلك.

قال: ولو لم تزد قيمتها ولكن ولدت ولدًا يساوي ألف[٢] درهم، فأعتقهما المولىٰ وهو معسر، سعيا في الألف، ولم يسعيا في أكثر من ذلك، لما بيّنا أن ما زاد علىٰ الألف وإن سلم لهما فليس بمضمون علىٰ المرتهن، فلا يلزمهما ضمانه.

قال: ولو أن الأمة لم تزد ولم تلد، ولكن قتلها عبد يساوي ألفين، فدفع بها فأعتقه المولىٰ وهو معسر، سعىٰ العبد في ألف درهم، ولا يسعىٰ في أكثر من ذلك، ولا ينظر إلىٰ قيمته، وإنما ينظر فيما لزمه، فيسعىٰ في الأقل من ذلك ومن قيمته؛ وذلك لأن المدفوع قام مقام المقتول، فكأنه باقٍ وقد زادت قيمته. والله أعلم.



(١) في أ (العتق).

(٢) في أ (ألفًا).

بَابُ
الرهن يأذن للمرتهن الراهنُ في استعماله



قال أبو الحسن: وإذا رهن الرجل ثوبًا يساوي عشرة دراهم بعشرة دراهم، ثم أذن الراهن للمرتهن في لبسه، فقد خرج الثوب من ضمان المرتهن، وللمرتهن أن يرده إلىٰ يده، فإذا رده إلىٰ يده عاد إلىٰ ضمانه.

أما جواز الاستعمال؛ فلأنه ممنوع منه لحق الراهن، فإذا أذن له فيه جاز، ولا يبطل الرهن لما قدمنا أن يد المستعير ليست بمستحقة، وللمرتهن أن يرده في الرهن(١)؛ لأن [العارية](٢) لما لم يتعلق بها [٤٠٥/ب] الاستحقاق جاز فسخها، فإذا ردها عاد إلىٰ ضمان [المرتهن](٣)؛ لأن المعنىٰ المسقط للضمان استعماله علىٰ وجه العارية، وقد زال ذلك.

قال: فإن جاء الراهن يفتك الثوب فوجد فيه خرقًا، فقال الراهن: كان هذا في يد المرتهن قبل أن يلبسه أو بعدما لبسه ورده إلىٰ يده، وقال المرتهن: بل حدث هذا الخرق بالثوب في حال لبسي [له]، فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه؛ لأنهما اتفقا علىٰ خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن، ثم اختلفا فيما عاد إلىٰ ضمانه، فكان القول قول المرتهن في مقدار ما [عاد](٤).

---

(١) في أ (إلىٰ يده).

(٢) في ب (العادة) والمثبت من أ.

(٣) في ب (الرهن) والمثبت من أ.

(٤) في ب (ضمن) والمثبت من أ.

ولو قال الراهن: لم يلبسه ولكنه تخرق، وقال المرتهن: لبسته فتخرق، فالقول قول الراهن؛ لأنهما اتفقا علىٰ دخوله في الضمان (صحيحًا، ولم يعترف الراهن بخروجه من الضمان)[1]، فلا يقبل قول المرتهن في ذلك.

قال: وإن أذن الراهن للمرتهن فلم يلبسه حتىٰ حدث به خرق، ذهب قدر الخرق بحصته من الدين؛ [وذلك] لأن ضمان الرهن إنما يزول باللبس الذي يرفع ضمان الرهن، و[ذلك] لم يوجد.

قال: فإن أقام الراهن بينة أنه تخرق في ضمان المرتهن في شيء من هذه الوجوه، وأقام المرتهن بينة أنه تخرق بعد خروجه من الضمان، فالبينة بينة الراهن؛ [وذلك] لأن بينة الراهن تثبت الاستيفاء، وبينة المرتهن تنفي ذلك.

قال: وإذا كان الرهن شاة رهنت بعشرة دراهم، وهي تساوي عشرة، فقال الراهن للمرتهن: احلب الشاة، فما حلبت من شيء فكله فهو لك حلال، فجعل المرتهن يحلبها ويأكل لبنها[2]، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك، ويفتكها الراهن بعشرة دراهم، لا يُحط من ذلك شيء عنه؛ لأن اللبن علىٰ ملك الراهن، وقد أباح للمرتهن تناوله، والإباحة تجوز أن تتعلق بالشرط كمن قال لغيره: إذا جاء غد فكل طعامي.

وإنما لم يسقط شيء من الدين؛ لأن اللبن تبع، والأتباع إذا تلفت في يد المرتهن من غير تعدٍ لم يسقط بتلفها شيء من الدين.

قال: فإن لم يفتك الراهن الشاة حتىٰ نفقت في يد المرتهن، فإنها تنفق

---

(١) ساقطة من أ.

(٢) في أ (فحلوبها).

بحصتها من الدين، ويرجع المرتهن على الراهن بحصة اللبن الذي أكله المرتهن من الدين، يقسم العشرة الدين على قيمة اللبن [الذي أكله المرتهن]، وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة من الدين بطل من الرهن[1]، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن؛ لأن الشاة إذا ماتت صار للبن حصة من الدين، فإذا أكله المرتهن بإذن الراهن فكأن الراهن أخذه، فيجب عليه من الدين بقدر حصته.

قال: وكذلك ولد الشاة إذا أذن الراهن للمرتهن في أكله، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس[2].

وكذا روى هذه المسائل الحسنُ عن أبي حنيفة، كما حكيت عن محمد. والله أعلم.



(١) في أ (الراهن).
(٢) انظر: الأصل ٣/١٦٤.

بَابُ
تصرف المرتهن وما يكون به ضامنًا وما لا يكون به ضامنًا



قال أبو عمر حفص بن صالح، عن محمد: في رجل ارتهن من رجل خاتمًا فجعله في خنصره، قال: هو ضامن؛ لأن هذا لبس، واليمنىٰ واليسرىٰ في ذلك سواء، ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنًا بما فيه، وكذلك الطيلسان.

قال: والأصل في هذا: أن المرتهن مأذون في الحفظ غير مأذون في الاستعمال، ولبس الخاتم [٤٠٦/أ] في الخنصر استعمال له، وذلك موجب للضمان، ولبسه في غير الخنصر ليس بلبس، ألا ترىٰ أنه لا يقصد به في العادة، فهو حفظ، فلم يضمن به.

وكذلك الطيلسان إذا لبسه كما يلبسه الطيالسة، ضمن؛ لأن هذا استعمال وليس بحفظ، وإن وضعه علىٰ غير الوجه الذي يفعله الناس فليس بلبس، وإنما هو حفظ.

وقال هشام عن محمد: في رجل رهن عند رجلٍ سيفين أو ثلاثة، فتقلدها، قال: لا يضمن في الثلاثة، ويضمن في السيفين.

قال: أنظر في السيفين وشكّ؛ وذلك لأن تقلد السيف الواحد استعمال وليس بحفظ، وكذلك السيفين؛ لأن الناس قد يتقلدون بالسيفين في الحرب، فأما الثلاثة فلم تجر العادة بتقلدها، فكان ذلك حفظًا.

قال: وسمعت محمدًا قال في الخاتم: إذا تختم به في يمينه ضمن؛ لأن في



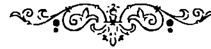

الناس من يتجمل بذلك.

وقال محمد: إن لبس في الخنصر اليسرىٰ فوق خاتم عليه، قال: لا يضمن.

قلت: ولم؟ وربما يتختم الإنسان، وذكرت له بعض السلاطين ولبسه الخاتم فوق الخاتم، قال: ذلك يلبسه للتختم.

قال هشام في معنىٰ قوله، كأنه لا يرىٰ الضمان في ذلك إلّا علىٰ من كان له سلطان، والمرجع في هذا إلىٰ العادة، فإن كان اللابس[1] ممن يتجمل بلبس الخاتمين ضمن، وإن كان ممن لا يتجمل بذلك، فهذا حفظ وليس بلبس، فلا يضمن. والله أعلم[2].

[تمّ كتاب الرهن ولله الحمد والمِنَّة، والصلاة علىٰ خير الأمّة][3].



(١) في أ (الإنسان).

(٢) انظر: الأصل ١٥٠/٣.

(٣) الزيادة أضيفت من أ.

[٥٧] كتابُ الشفعةِ

[٢٨٥/أ] قال الشيخ ﷺ: الشفعة مأخوذة من الضَّمِّ، ومنه الشَّفْع: الذي هو ضد الوتر؛ لأنه ضمُّ عددٍ إلىٰ عدد، أو شيءٍ إلىٰ شيء، والشفاعة سمّيت بذلك؛ لأنها ضم المشفوع له إلىٰ أهل الثواب.

فلما كان حق الشفعة يضم به الشفيع الملك المشفوع إلىٰ ملكه، سمّي ذلك شفعة؛ (لانضمام ملك البائع والمشتري إلىٰ ملكه، وكانت من أحكام الجاهلية، فأقرّت في الشرع)[١].

قال: والأصل في وجوب الشفعة قوله ﷺ: «**الشفعة في كل شيء رَبْع أو عَقَار**»، وقال: «**الشفعة للشريك الذي لم يقاسم**»[٢]، وقال: «**الجار أحق بشفعة الدار ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا**»[٣]، وقال: «**الجار أحق بجواره**»، ويروىٰ: «**بسقبه**»[٤].

ومن أصحابنا من قال: هذه الأخبار وردت بخلاف القياس؛ لأن ملك

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
والشفعة بتوضيح أكثر: «فهي حق تملُّك العقار المبيع أو بعضه، ولو جبرًا علىٰ المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن». معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٠٧.

(٢) أورده العيني عن عدد من التابعين، ٢٠/١٢.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٨)؛ ابن ماجه (٢٤٩٤)؛ وأحمد في المسند ٣٠٣/٣، وقد تُكُلم في بعض رواته. انظر: الدراية، ٢٠٢/٢؛ نصب الراية ١٧٤/٤.

(٤) وبالرواية الثانية أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٩).
«السَّقَب: القُرْب». النهاية لابن الأثير (سقب).




المُشتري لا يجوز أن يستحق عليه بغير رضاه ؛ ولأنا لو أوجبناها لنفي الضرر عن الشفيع ، أضررنا بالمشتري.

وكان أبو بكر الرازي رضي الله عنه يُنكر هذه الطريقة ، ويقول: وجوب الشفعة أصل من الأصول مجمع عليه ، فلا يقال: إنه استحسان ، كسائر الأصول المقطوع بها.

٢٣٨٠ - [فَصْل: الشفعة في العقار وغيرها][١]

وأما الكلام فيما تثبت[٢] فيه الشفعة: فإنها تثبت عندنا في العقار خاصة[٣] ، وقال مالك: تثبت في السفن أيضًا[٤].

لنا قوله عليه السلام: «**لا شفعة إلا في رَبْع أو حائط**»[٥] ؛ ولأن السفن تنتقل وتحول كالعروض ؛ ولأنه لا يخشى فيها التأذي على وجه الدوام كالعروض.

وقول مالك: إنها تسكن كالعقار ، ليس بصحيح ؛ لأن العقار يجب فيه الشفعة سُكن أو لم يسكن ، لخوف التأذي على وجه الدوام.

وقد قال مالك: إن الضَّيْعَة إذا بيعت ببقرها ومماليك فيها يعملون ، استحقوا بالشفعة معها. وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الحيوان ليس بعقار ولا يتصل بعقار ، فلا يجب فيه الشفعة ، كما لو أفرد بالبيع[٦].

---

(١) الزيادة من (م) ، وهذه النسخة الثالثة ، وهي غير كاملة.

(٢) في م (به).

(٣) انظر: الأصل ٥/٢٢١.

(٤) بل قول مالك بأنه: «لا شفعة إلا في الدور والأرضين والنخل والشجر» ، وأكّد بأنه: «لا شفعة في دين ولا حيوان ولا سُفُن...». المدونة ٥/٤٠٢ ؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٣١٣.

(٥) أخرجه مسلم بلفظ: «**الشفعة في كل شِرك في أرض أو ربع أو حائط...**» ، (١٦٠٨).

(٦) وفي المدونة أنه: «لا شفعة في دين ولا حيوان...» ٥/٤٠٢ ؛ وقال ابن جزي: «ولا شفعة في=

٢٣٨١ ـ فَصْل: [السبب الذي يستحق به الشفعة]

قال: وأما الكلام في السبب الذي يستحق به الشفعة، فإنما يستحق عندنا في الملك المنتقل بعقد البيع، وما في معنىٰ البيع من الصلح والهبة علىٰ مال، ولا يجب في المملوك في مقابلة المنافع، مثل المهر والأجرة.

وقال الشافعي: تجب الشفعة في ذلك[1].

لنا: أنه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط، فلا تجب به الشفعة كالمملوك بالوصية والميراث؛ ولأنه سبب كالهبة لا يستحق [به الجار][2] الشفعة، فلم يستحق به الشريك كالهبة؛ ولأنه نقل ملك بالثمن الأول، فلم يصح في المهر كالمرابحة والتولية.

٢٣٨٢ ـ [فَصْل: الشفعة في جزء المهر]

وقد قال أبو حنيفة: إنَّ من تزوَّج امرأة علىٰ دار علىٰ أن يرد عليه ألفًا، فلا شفعة في شيء من ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة في حصة الألف.

لأبي حنيفة: أن إيجاب الشفعة لا يمكن إلا بتقويم البُضع، فينقسم الدار عليه وعلىٰ الألف، وهذا المعنىٰ مانع من الشفعة، كما لو كانت الدار كلها مهرًا؛ ولأنه لو استحقت الشفعة في حصة الألف لتبعض الملك تبعيضًا فيه ضرر، وهذا

= الحيوان والعروض عند الجمهور». قوانين الأحكام ص٣١٣.

(١) انظر: الأم ص٦٣١. المنهاج ص٢٩٦.

(٢) في أ (الجارية) والمثبت من م.




المعنىٰ لا يملكه الشفيع ، كما لا يملك أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين .

وجه قولهما: أن حصّة الألف من الدار عقد بيع ، بدلالة أنه يرد بالعيب اليسير ، ويثبت فيه خيار الرؤية ، فيجب فيه الشفعة كما لو أفرده بالعقد .

وقد قال أصحابنا: إن الشفعة تجب في العقار الذي تجوز قسمته كالحمّام والرَّحىٰ والبئر والنهر والدور الصغار .

وقال الشافعي: لا يجب في ذلك شفعة[1] .

لنا: حديث جابر ، أن النبي ﷺ قال: «**الشفعة في كل شيء ربع أو حائط**» ؛ ولأن كل عَرْصَة[2] تجب فيها الشفعة إذا بيعت بعد هدم البناء يجبُ قبله ، أصله الدور الكبار ؛ ولأنه سبب تمليك ما يقسم ، فجاز أن يملك به ما لا يقسم كالبيع .

وهذه المسألة فرع على أن الشفعة عندنا تجب لخوف التأذي علىٰ وجه الدوام .

والدليل علىٰ هذا الأصل: وجوبها في العَقَار لهذا المعنىٰ ، وانتفاؤها في العروض التي لا تبقىٰ علىٰ وجه الدوام .

وقال الشافعي: العلة للضرر الذي يلحق الشريك بأجر المقاسمة[3] . وهذا فاسد ؛ لأن هذا المعنىٰ موجود في الشركة في العروض ، ولا شفعة فيها .

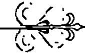
قال أبو الحسن رحمه الله: الشفعة واجبة في جميع ما بيع من العقار دون غيره

---

(١) انظر: الأم ص١٤٢١ ؛ وقال النووي: «وكل ما لو قُسِمَ بطلت منفعته المقصودة ، كحمَّام ورَحَىً ، لا شفعة فيه في الأَصَحّ» المنهاج ص٣١٣ .

(٢) «العَرْصَةُ: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء» مختار الصحاح (عرص) .

(٣) انظر: الأم ص١٤٢١ .

لسنّة رسول الله ﷺ، الدور والمنازل، والحوانيت والخانات، والقناة والمزارع والبساتين، والأقرحة والحمامات، وسائر العقار إذا وقع البيع على عَرصةٍ إن كانت في مصر، أو قرية، أو سواد، أو غير ذلك من أراضي الإسلام، إذا كان ذلك مملوكًا يجوز بيع مالكه فيه، وكان البيع بيعًا قاطعًا ليس فيه خيار الشرط.

قال: وهذه الجملة قد دخلت فيما ذكرناه.

والدليل على وجوب الشفعة في جميعها: قوله ﷺ: «**لا شفعة إلا في رَبع أو عقار**»، وقوله: «**الجار أحق بسقبه**»[1] وهو عام.

وإنما شرط أن يكون المبيع مملوكًا؛ لأن ما ليس بمملوك لا يصح بيعه، فلا تجب فيه الشفعة.

وأما البيع المشروط فيه الخيار للبائع، فلا شفعة فيه؛ لأن خيار البائع يمنع من خروج الشيء من ملكه، والشفعة تجب بخروج الشيء من ملك البائع؛ ولأن البائع لم يزل ملكه عما باع، فصار كوجود الإيجاب منه بغير قبولٍ.

فإن أسقط البائع خياره، وجبت الشفعة؛ لأن الملك وقع بالعقد، فوجبت الشفعة؛ ولأن المانع من وجوبها إنما كان لأن[2] البائع لم يرغب عن ملكه، فإذا أسقط خياره، فقد رغب عن ملكه، فوجبت الشفعة. [٢٨٥/ب]

وأما الخيار المشروط [للمشتري]، فلا يمنع من ثبوت الشفعة؛ لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق، وإنما اختلف أصحابنا، هل دخل في ملك المشتري

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في م (لأجل).

أو لم يدخل، والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه؛ بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد، فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة؛ لاعترافه بخروجه[1] عن ملكه، وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري.

٢٣٨٣ - [فَصْل: ما لا يمنع الشفعة]

قال: وخيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة؛ لأنه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع، وهذا المعنى هو سبب الشفعة.

٢٣٨٤ - [فَصْل: الشفعة في البيع الفاسد]

قال: ولا شفعة في [البيع][2] إذا كان فاسدًا إن كان مما يملك بالقبض، (قبض أو لم يقبض)[3] ما دام حق البائع في النقض قائمًا فيما يملك منه؛ وذلك لأن البيع الفاسد إذا كان مما لا يملك بالقبض، فالملك لم ينتقل بالبيع، وهذا المعنى يمنع من وجوب الشفعة في البيع الصحيح، ففي الفاسد أولى.

وأما إذا كان مما يملك بالقبض، فحق الفسخ فيه مستحق لحق الله سبحانه، وفي إيجاب الشفعة إسقاط الفسخ، وتقرير البيع الفاسد، وهذا لا يجوز.

[قال]: فإن سقط حق البائع في التعرض[4]، كان للشفيع أن يأخذ ما يملك منه بقيمته يوم قبض؛ وذلك لأن البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه بالقبض، وإنما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط الفسخ إما لاتصال المبيع

(١) في م (بخروج الشيء).
(٢) في أ (المبيع) والمثبت من م.
(٣) في م (أو مما لا يملك).
(٤) في م (من القبض).




بزيادة، أو بزوال ملك المشتري، فقد زال المعنىٰ المانع من وجوب الشفعة، فوجبت الشفعة، كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا أسقط خياره.

وإنما وجبت الشفعة بالقيمة؛ لأن البيع الفاسد لا يجب فيه المسمّىٰ، وإنما يملك بالقيمة، والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري.

قال: فإن باع المشتري لما اشتراه شراءً فاسدًا بيعًا صحيحًا، فلا سبيل للبائع علىٰ نقض البيع الثاني، والشفيع بالخيار: إن شاء أخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن الذي سمّىٰ فيه، وإن شاء نقض البيع الثاني، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته؛ وذلك لأن البيع يسقط حق الفسخ، وهذا المعنىٰ يوجب تقرير الشفعة، إلا أنه اجتمع معنيان[1]، كل واحد منهما يوجب الشفعة، فكان الشفيع بالخيار في الأخذ بأيهما شاء، كما لو اشترىٰ شراء صحيحًا ثم باع فله الخيار، فإن أخذه بالبيع الثاني، أخذه بالثمن؛ لأن المشتري ملك بالثمن، وإن أخذه بالبيع الأول، أخذه بالقيمة؛ لأن المشتري ملك المبيع بها.

وينفسخ البيع الثاني؛ لأن الشفيع استحق المبيع بسببٍ سابق لحق المشتري الثاني.

فإن قيل: إذا فسخ البيع الثاني، عاد المبيع الأول علىٰ ما كان عليه، فسقطت الشفعة.

فالجواب: إن فسخ البيع الثاني إنما هو بمقتضىٰ الشفعة، فلم يجز أن يسقط به؛ لأن في سقوطها عود البيع الثاني، وذلك يوجب عود الشفعة.

(١) في م (أنه سببان تتعلق الشفعة كل واحد).

[قال]: وكذلك إن بناه المشتري، فقد بطل حق البائع في النقض في قول أبي حنيفة، وللشفيع الشفعة.

وقالا: حق البائع في النقض قائم، ولا شفعة للشفيع.

وهذا فرع على أن المشتري إذا بنى سقط حق الفسخ في البيع الفاسد عند أبي حنيفة، وسقوط حق البائع يوجب الشفعة.

وعلى قولهما: لا يسقط [حق الفسخ بالبناء](١)، فلا تجب الشفعة؛ لبقاء حق المالك فيه(٢).

٢٣٨٥ - [فَصْل: الشفعة فيما يملك بغير بدل]

قال: وكل ما ملك بغير بدل، أو ملك ببدل ليس بمال فلا شفعة فيه.

أما المملوك بغير بدل كالهبة والصدقة، فلا شفعة فيهما، وقال ابن أبي ليلى: فيها الشفعة بقيمة الموهوب، يعني الشقص.

لنا: أنه نقل ملك بغير عوض كالميراث؛ ولأنه نقل للملك بمثل البدل، فلا يثبت في الهبة كالمرابحة والتولية.

وأما الميراث، فلا شفعة فيه؛ لأن الوارث تملك على حكم ملك الميت؛ ولهذا يرد على بائعه بالعيب، فكأن ملك الميت لم يزل.

وأما المملوك بالوصية فلا شفعة فيه؛ لأنه تمليك يتعلق بالموت، فلا شفعة

(١) في أ (البناء الفسخ) والمثبت من م.
(٢) انظر: الأصل ٩/٢٦٧ - ٢٦٩.

فيه كالميراث.

وأما المملوك ببدل ليس بمال، كالمهر، وبدل الخلع، والإجارة، والصلح من دم العمد [فلا شفعة فيه]، وقد بينا ذلك في مسألة النكاح.

وأما الهبة على عوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة، وإن قبض أحدهما دون الآخر، فلا شفعة.

وقال زفر: تجب الشفعة بالعقد.

وهذا فرع على حكم هذا العقد، فعندنا: أن عقده عقد هبة، وجوازه جواز بيع، فلا يتعلق بعقده الشفعة كما لا يتعلق بالهبة بغير عوض، فإن تقابضا، صارت في حكم البيع، فوجبت الشفعة.

وعلى قول زفر: عقده عقد بيع، وجوزاه جواز بيع، فيتعلق به الشفعة.

والكلام في هذه المسألة في كتاب الهبة إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا الأصل قال أصحابنا: إذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه؛ لأن هبة[١] المشاع فيما ينقسم لا يجوز.

وقال زفر: فيه الشفعة؛ لأن الهبة بعوض عقدها عقد بيع، فتجوز في المشاع، قال: وإذا وجبت الشفعة في البيع أو في الهبة بعد التقابض، فإن كان البدل مما له مثل وجبت الشفعة بمثله، وإن كان مما لا مثل له وجبت (الشفعة في البيع، أو في الهبة بعد التقابض بمثله، فإن كان مما لا مثل له وجبت الشفعة)[٢] بقيمته.

(١) في م (قسمة).

(٢) ما بين القوسين سقطت من م.




وقال أهل المدينة: إذا لم يكن للبدل مثل أخذها بقيمة الدار ؛ وذلك لأن الشفيع إنما يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه المشتري ، فإذا استحقه بمكيل أو موزون أو معدود غير متفاوت ، استحق الشفيع بمثل ذلك ؛ لأن المثل أعدل من القيمة[١].

ولو كان البدل مما لا مثل له ، فالقيمة فيه أعدل من المثل ، فكان للشفيع الأخذ بالقيمة ؛ ولأن الشفيع إن أخذها من ملك المشتري ، فقد استحق عليه المبيع ، وصار كأنّه أتلف عليه الثمن ، فإن كان له مثل وجب مثله ، وإلا وجبت قيمته ، كما يجب في الإتلاف.

وإن استحق من يد البائع ، فقد أسقط حق البائع من الثمن الذي لزم [على] المشتري ، فكأنَّه أتلفه عليه[٢].

والذي قاله أهل المدينة فاسد. لأن من اشترى دارًا قيمتها ألف [درهم] بعوض قيمته ألفان ، فلو أوجبنا الشفعة بقيمة الدار استحققناها على البائع ببدل لم يرض به ، وهذا لا يصح.

ولا يقال: فالبائع لم يرض إلا بالعوض ، ولم يرض بالقيمة ؛ لأن القيمة مثل فيما لا مثل له ، وقد استحقت الشفعة بمثل البدل[٣].

٢٣٨٦ - [فَصْل: الشفعة في الهبة]

قال: وإن وهب رجل لرجل عقارًا على غير شرط عوض ، ثم عوضه بعد

---

(١) انظر: المدونة ٤٢٢/٥ ؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٣١٤.

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة ، للقاضي عبد الوهاب ١٢٧١/٣.

(٣) انظر: الأصل ٢٥٧/٩ ، ٢٥٩.




ذلك، فلا شفعة في الهبة ولا فيما عوض عنها؛ وذلك لأن العوض الملحق بالهبة ليس بعوض عن[1] الموهوب، وإنما هو لإسقاط الرجوع؛ بدلالة أنه لو وهب له عشرة فعوضه بهما خمسة، جاز، ولو كان عوضًا عن العشرة لم يجز، وإذا لم يكن هذا عوضًا عن الموهوب، لم تجب فيه الشفعة.

٢٣٨٧ - [فَصْل: الشفعة في العلو دون السفل]

قال: وإذا بيع سفل [عَقَار][2] دون علوه، [٢٨٦/أ] أو علوه دون سفله، أو هما جميعًا، وجبت فيه الشفعة جميعًا، أو كل واحد منهما على انفراده.

وقال أبو يوسف: وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان، روى ذلك عنه ابن سماعة، وبشر بن الوليد، وعلي بن الجعد.

أما إذا بيعا جميعًا؛ فلا شبهة فيه؛ لأنه باع العرصة بحقوقها، فتتعلق الشفعة بجميع ذلك.

وأما إذا باع السفل دون العلو، لقوله ﷺ: «**لا شفعة إلا في رَبْعٍ**»؛ ولأن التأذي يخاف فيها على وجه الدوام كالدُّوْر.

وأما إذا باع العلو؛ فلأنه حق متعلق بالبقعة على التأبيد، فهو كنفس [البقعة][3].

والذي قاله أبو يوسف في الاستحسان إنما هو في العلو؛ لأن القياس ألا

---

(١) في م (غير).
(٢) في أ (علو) والمثبت من م.
(٣) في أ (الشفعة) والمثبت من م.




يجب فيه الشفعة؛ لأنه لا يبقىٰ علىٰ وجه الدوام، وإنما استحسنوا؛ لأن حق الوضع متأبد، فهو كالعَرَصَة.

وقال محمد في الزيادات: إن العلو إذا انهدم، ثم بيع السفل، فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند أبي يوسف، ولا شفعة فيه عند محمد؛ فأجرىٰ أبو يوسف حق الوضع ـ وإن لم يكن هناك [بناء][1] ـ مجرىٰ الملك؛ لأنه حق ثابت علىٰ التأبيد كنفس الملك.

وقال محمد: الشفعة إنما تجب بالمجاورة، فإذا لم يكن هناك بناء، لم توجد المجاورة، فلم تجب الشفعة.

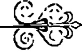
وذكر محمد بن الحسن في الزيادات: أن من باع عُلوًا فاحترق قبل التسليم بطل البيع، ولم يحك خلافًا، وقال ابن شاهويه: هذا ينبغي أن يكون قوله خاصة.

فأما علىٰ قول أبي يوسف: فيجب أن لا يبطل البيع؛ لبقاء حق الوضع، ألا ترىٰ أنه أجراه مجرىٰ العَرْصَة في إيجاب الشفعة فيه.

٢٣٨٨ـ [فَصل: الشفعة فيما لا يجوز بيعه]

قال: وما كان في العقار مما لا يجوز بيعه، ولا يملك بالبيع علىٰ حال، فلا شفعة فيه، مثل بيع الأوقاف والخانات المُسبلة، والسقايات، والآبار التي [للسبيل][2]، فلا شفعة في شيء من ذلك عند من يرىٰ تسبيله جائزًا أو وقفه، ومن لم يَرَ ذلك جائزًا، فهو وسائر العَقَارات سواء، وفيه الشفعة؛ وذلك لأن من

(١) في أ (به) والمثبت من م.
(٢) في أ (ليست للسبل) والمثبت من م.




صحَّحَ الوقف منع من انتقال الملك بالبيع، فلم تجب فيه الشفعة، ومن لم يصحح الوقفَ جوّز البيع وأوجب فيه الشفعة.

قال: وأجمع المسلمون على بُطلان بيع المساجد؛ وذلك لأنه إذا صُلِّي فيها فقد زال ملكه عنها بالإجماع، (فصار الملك لله تعالى)[1]، فلم يجز بيعها[2].

قال: وما بيع من العقار مشاعًا من سائر ما ذكرنا لك مما يجوز بيعه، ففيه الشفعة، [وكذلك إن بيع بعض منه معلوم، ففيه الشفعة]، ووجوب الشفعة في البعض وفي الكل واحد مشاعه ومتعينه، وما لا يجوز بيعه فأبعاضه كذلك؛ وذلك لأن وجوب الشفعة في الشقص المشاع مجمع عليه، ووجوبها في الجملة مختلف فيه.

قال: من أجاز بيع دور مكة، ففيها الشفعة، ومن لم يجز البيع في الأرض وأجازه في البناء خاصة دون العَرْصَة، فلا شفعة في ذلك؛ وذلك لأن من أجاز البيع فقد نقل الملك في البقعة، فتعلق بها الشفعة، ومن لم يجز البيع في البقعة لم ينقل الملك فيها، فلم تجز[3] الشفعة.

وأما البناء إذا بيع دون الأرض، فلا شفعة فيه؛ لأنه مما ينقل ويحول كالعروض.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: شراء دور مكة جائز، وبيعها جائز[4]، وفيها

(١) ساقطة من م.
(٢) انظر: الأصل ٣١١/٩.
(٣) في م (تجب).
(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٥٦.

الشفعة، وكذلك بيع أراضي الخراج؛ وذلك لأنها مملوكة عندنا؛ لأن عمر رضي الله عنه أقرّ أهل السواد عليها في أملاكهم، فصح بيعهم، فتجب فيها الشفعة.

قال: وأرض[1] الخراج على قول من قال أن عمر وقف السواد، فينبغي أن لا يجوز بيعها، ولا تجب فيها الشفعة.

قال: وأرض القطيعة، والإكارات، والإخاذات، والإجارات، إذا باعها صاحب الأرض، فالبيع جائز، وفيها الشفعة، فإن باع الذي له إجارتها أو إكارتها [أو إخاذتها]، فالبيع باطل، ولا تتعلق به شفعة.

أما القطائع: فهي المواضع التي أقطعها الإمام من الموات، فملكت بالإقطاع، فبيعها جائز.

وأما الإِجَارات: فهي الأرض المملوكة إذا أجرها أربابها لمن يبني فيها أو يغرس.

[والإكَارات][2]: هي الأرض المملوكة يدفعها أربابها إلى الأَكَرَةِ فيزرعونها ويعمرونها.

والإخاذات: قيل: إنها الأرض يدفعها رجل وهي [خراب][3] إلى من يعمرها ويستخرجها.

فإذا باع مالك الأرض في هذه الوجوه فبيعه جائز، والشفعة واجبة، وإذا

---

(١) في م (وأما على قول...) فقط.

(٢) في النسختين (والإجازات) والمثبت كما في المغرب.

(٣) في الأصل (تراب) والمثبت كما في المغرب: (هي الأرض الخربة التي يدفعها مالكها إلى). وفي م (هو الرجل يدفع ملكه الخراب إلى).




باع المستأجر أو الإكار، أو صاحب الإخاذة، فبيعه باطل؛ لأنه لا يملك[1] البقعة، وإنما له فيها حق العمارة، فلا يصح بيعه.

قال: وبيع الأرض المُحْياة بإذن الإمام جائز، وإن كان بغير إذن الإمام لم يجز، روىٰ هذا النمر بن جداد عن الحسن عن أبي حنيفة، وهي رواية الحسن في المجرّد وكتاب الشفعة للحسن؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن الإحياء لا يكون إلا بإذن الإمام، فإن أحياه بإذنه ملكه، فجاز بيعه، وإن أحياه بغير إذنه لم يملك، فلم يجز بيعه.

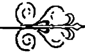
وأما علىٰ قول أبي يوسف ومحمد: فيملكه بالإحياء في الحالين، فيجوز بيعه.

وقال أبو حنيفة: لا[2] يجوز بيع دُوْرِ بغداد، وحوانيت أهل السوق التي للسلطان عليها غلة لا يجوز، وليس فيها شفعة.

قال: وهذه مواضع من بغداد أذن المنصور للناس في بنائها ووضع عليهم خراجًا علىٰ عراصها، فلم يملكهم البقعة، فلا يجوز بيعهم [فيها].

قال: وبيع دور الدَّهاقين التي للدهاقين عليها غَلَّة إذا باعها الذي هو فيها ساكن، لا يجوز؛ [وذلك] لأن الدِّهْقان[3] إذا أذن للناس في البناء[4] لم يزل ملكه عن البقعة، فلم يجز بيع الساكن فيها.

(١) في م (لأنه يملك).
(٢) في م (يجوز).
(٣) الدِّهقان: يقال لكل من له عَقَار كثير. انظر: المغرب (دهق).
(٤) في م (في بناء ملكه، فلم يزل عن البقعة).

قال: وإن باع بناءها لم يجب فيها الشفعة، وهذا على ما بيّنا.

قال: وإن باع الدهقان الأرضَ فهو جائز، وفيها الشفعة؛ [وذلك] لأن الدهاقين يملكون البقعة، فيجوز بيعهم [فيها].

قال: وأهلُ الإسلام في استحقاق الشفعة، وأهلُ الذمة والمستأمنون من أهل الحرب، والعبيدُ المأذون لهم في التجارة، والأحرار، والمكاتبون، والمعتق بعضه، في وجوب الشفعة سواءٌ، لهم وعليهم.

أمّا الكافر: فله الشفعة، وقال ابن شبرمة: لا شفعة له، وقد روي أن شريحًا قضى لذمي على مسلم بالشفعة، وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازه؛ ولأنه حق يتعلق بالمبيع[1]، فاستوى فيه المسلم والذمي، كالرد بالعيب.

وأما المأذون: فهو في حقوق عقد البيع كالحر، وكذلك المكاتب، وأما المعتق بعضه: فهو مكاتب عند أبي حنيفة، وعندهما حرّ عليه دين.

وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم و[يجب] عليهم من ذلك سواء؛ [٢٨٦/ب] لقوله ﷺ: «**الجارُ أحقُّ بسقبه**»[2]، ولم يفصل؛ ولأن حقوق البيع يستوي فيها النساء والصبيان، كالرَّدِّ بالعيب.

قال: والخصمُ فيما يجب على الصبيان آباؤهم، فإن لم يكونوا فأوصياء الآباء، فإن لم يكونوا فالأجداد [فيه] من قِبَل الأب، فإن لم يكونوا فأوصياء الأجداد، فإن لم يكونوا فالإمام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه؛ لأن

(١) في م (بالبيع).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٩).




الصبي عاجز عن استيفاء حقوقه بنفسه، فقام وليه مقامه في ذلك، والذي يلي عليه[١] هم هؤلاء الذين ذكرناهم على الترتيب.

قال: وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة سواء؛ لأن الباغي مسلم[٢]، فالمعصية لا تسقط حقه كالعتيق؛ ولأن البغي ليس بأكثر من كفره، والشفعة تجب للكافر على ما بيّناه[٣].

٢٣٨٩ ـ [فَصْل: الشفعة على رؤوس العدد]

قال: والشفعة عند أصحابنا جميعًا على عدد الرؤوس، قلّت الأنصباء أو كثرت، وكذلك كل ما يجاور به قَلَّ أو كثر، وقال الشافعي: الشفعة على قدر الأنصباء[٤].

لنا: قوله ﷺ: «**الشفعة للشريك الذي لم يقاسم**»، فعلقها بالاسم، وقد تساووا في الاسم؛ ولأن كل واحد منهم لو انفرد استحق الجميع [بالسبب الذي يستحق صاحبه]، فإذا اشتركا تساويا فيه كالاثنين في الميراث؛ ولأنهما شفيعان تساويا في استحقاق الشفعة[٥]، فتساويا في قدر الاستحقاق، أصله إذا كانت الأنصباء سواء.

٢٣٩٠ ـ [فَصْل: الجار المستحق للشفعة]

قال: والجار المستحق للشفعة عندهم جميعًا [الملاصق][٦]؛ وذلك لأن

---

(١) في م (يلي عليهم).

(٢) في م (من جملة المسلمين).

(٣) انظر: الأصل ٩/٢٦٤ ـ ٢٦٧.

(٤) انظر: الأم ص٦٣١؛ رحمة الأمة ص١٤٥.

(٥) في م (المشفوع).

(٦) في أ (الملازق) والمثبت من م لاتفاق ما ذكر بعدها.




الشفيع يستحق الشفعة لاتصال ملكه بالشقص المبيع، وهذا لا يوجد في غير الملاصق؛ ولأن الشفعة تثبت له ليزيل الضرر عن نفسه، ويجعل المِلْكَيْن ملكًا واحدًا، وهذا لا يكون[1] إلا مع الملاصقة.

[قال]: ولا يستحق الشفعة عندهم بالأبواب وقربها؛ وذلك لقوله ﷺ: «**الجار أحق بسَقَبِه**»، والسقبُ: القرب، فمن كان جارًا[2] فله الشفعة.

قال: ومن باع دارًا وهو شفيعها فلا شفعة له، لنفسه باعها أو لغيره.

ومن اشترى دارًا وهو شفيعها فله الشفعة؛ وذلك لأن بائع الدار لو وجبت له الشفعة لفسخ بها بيعه، وهو لا يملك فسخ ما باع.

وأما المشتري، فوجوب الشفعة له إتمام للشراء، وهو مأمور بإتمامه.

وعلى هذا، قال أصحابنا في الوكيل بالبيع إذا باع وهو شفيع: فلا شفعة له، ولا يأخذه بالشفعة؛ لأن أخذه بالشفعة إبطال لبيعه، وهو موكل بإتمامه، وقائم مقام الموكل.

ولو باع الموكل بنفسه، لم يجز له أن يأخذه بالشفعة، فكذلك إذا باع وكيله.

وقد قالوا في الوكيل بالشراء إذا كان شفيعًا فله [أن يأخذ بالشفعة][3]؛ لأنه ليس في أخذها إبطال الشراء؛ ولأنه قائم مقام الموكِّل.

ولو اشترى الموكل لنفسه لم تسقط شفعته، فكذلك وكيله.

---

(١) في م (لا يوجد في غير الملاصق).

(٢) في م (كان له جوار).

(٣) في أ (فله الشفعة) والمثبت من م.

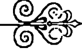
وقالوا فيمن باع عقارًا وشرط الخيار لغيره، فأمضى البيع وهو شفيع، أنه لا شفعة له؛ لأنه قائم مقام البائع في إتمام البيع، فلم تجب [له] الشفعة كالبائع.

ولو شرط المشتري الخيار لغيره، فأجاز البيع وهو شفيع، فله الشفعة؛ لأنه قائم مقام المشتري في إتمام البيع، فوجبت له الشفعة كالمشتري[1][2].



(١) في م (كما يجب للمشتري).

(٢) انظر: كتاب الآثار لمحمد، ص ١٧٠؛ الأصل ٩/٢٢٠، ٢٢١.

بَابُ
ما يستحقُّ به الشفعةُ



قال أبو الحسن رحمهُ الله تعالى: الشفعة تستحق عند أصحابنا بثلاثة معانٍ: بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع، أو بالشركة في حقوق ذلك، أو بالجوار الأقرب فالأقرب.

أما وجوب الشفعة بالشركة؛ فلقوله ﷺ: «**الشفعة فيما لم يقسم**»[1]؛ ولأن الضرر يخشى في ذلك على الدوام، وهذا المعنى يثبت [به] للشفيع حق الجمع بين المِلْكين حتى يصيرا كالمِلْك الواحد فينفى عنه الضرر.

وأمّا الشركة في حقوق المبيع، كالشِّرْب والطَّرِيق، فيتعلق بها الشفعة عندنا، وقال الشافعي: لا يتعلق بها شفعة[2].

لنا: قوله ﷺ: «**الشفعة للشريك الذي لم يقاسم**»، وقال: «**جار الدار أحق بالدار، ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا**»[3]، وروي عنه أنه قال: «**الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من غيره**»[4]، وهذا يدل على ترتيب

(١) أخرجه البخاري بلفظ «**في كل مال لم يقسم**»، البخاري (٢٠٩٩).

(٢) انظر: الأم ص٦٣١؛ رحمة الأمة ص١٤٦.

(٣) أخرجه أبو داود بلفظ: (جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض) (٣٥١٧)، وبلفظ: (الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها... الحديث) (٣٥١٨)؛ وبلفظ الكتاب أخرجه الترمذي (١٣٦٨) وقال: «حديث حسن صحيح»؛ وابن حبان في صحيحه ١١/٥٨٥؛ والهيثمي في موارد الظمآن ١/٢٨١؛ وأحمد في المسند ٤/٣٨٨.

(٤) أخرج نحوه الطحاوي في شرح معاني الآثار، ٤/١٢٥؛ انظر: نصب الراية ٤/١٧٦.

المعنىٰ الذي يتعلق به الشفعة.

وأما الجوار، فيتعلق به الشفعة عندنا، وعند الشافعي لا يتعلق به الشفعة[1].

لنا: حديث سمرة، أن النبي ﷺ قال: «**جارُ الدار أحق بشفعة الدار والأرض**»، وذكر أبو داود في هذا الخبر: «**جار الدار أحق بدار الجار والأرض**»[2]؛ ولأنه معنىٰ يملك بالثمن، فلا يختص بالمشاع كالبيع؛ ولأن كل سبب جاز أن يملك به بعض الدار، جاز أن يملك به جميعها، كالبيع.

ولا يلزم القسمة؛ لأنه يجوز أن يملك بها جميع الدار إذا تراضوا بقسمة العقار بعضه في بعض؛ ولأن خوف التأذي علىٰ وجه الدوام سببٌ لاستحقاق الشفعة بالملك، (وهو موجود في الجار)[3]، أصله المِلْك المشترك.

وإذا ثبت أن الشفعة تتعلق بأحد هذه المعاني الثلاثة، قال أصحابنا: إذا اجتمعت المعاني، فأولاهم الشريك في نفس المبيع؛ وذلك لأنه أخصُّ بالضرر من الجار ومن الشريك في الطريق والشِّرب، فكان أولىٰ بالشفعة.

ثم الشريك في حقوق المبيع أولىٰ من الجار؛ لأنه أخص بالضرر من الجار؛ لمكان شركته في طريقها، ثم الجار بعد ذلك.

وقد قالوا في الشريك إذا سَلَّم الشفعة، وجبت الشفعة للشريك في الطريق، فإن سلّمها وجبت للجار.

---

(١) انظر: الأم ص ١٤٢١، ١٤٢٢.
(٢) أخرجه أبو داود (٣٥١٧).
(٣) ساقطة من م.




وروي عن أبي يوسف: أن الشفعاء إذا اجتمعوا، فسلم للشريك الشفعة، فلا شفعة لغيره.

وجه قولهم المشهور: أن السبب الذي يتعلق به حق الشفعة لكل واحد منهم موجود عند عقد البيع، وإنما تقدم حق بعضهم لتأكد [حقه]، فإذا أسقط حقه، كان لغيره أن يستوفيه، كغريم الصحة[1] مع غريم المرض، والدَّينِ الذي به رهن والذي لا رهن به إذا أسقط المرتهن حقه.

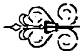
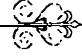
وجه قول أبي يوسف: هو أن عقد البيع وقع غير موجب للشفعة للجار، ألا ترىٰ أنه لا يملك المطالبة بها، فلا يثبت حقه إلا بتجديد بيع أصله إذا استحدث جوارًا.

وقال بشر بن الوليد، وعلي بن الجعد: سمعت أبا يوسف قال: قال بعض أصحابنا: لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم نصيبه، وقال عامتهم: للجار الشفعة، وكلٌّ قد روىٰ حديثًا فيما قال عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه، فكان أحسن ما رأينا في ذلك أن للجار الشفعة من قبل ما يدخل [بين] الجيران بعضهم من بعض من الأذىٰ والشرّ، فلا نرىٰ ـ والله أعلم ـ أن الشفعة وضعت في الأصل إلا لهذا.

وكذلك الشريك الشائع نصيبه في الدار، لم يجعل له الشفعة إلا لما يدخل في ذلك من التضييق لبعضهم علىٰ بعض، وسوء الاختلاف[2]. [٢٨٧/أ]

قال: وليس المنازل والأرضون المؤبدّة كالدابة والمملوك والشاة، لم

(١) في م (كدين الصحة ودين المرض).
(٢) في م (الأخلاق).

يختلف أحد في الرقيق والحيوان والثياب، أنه لا [شفعة][1] فيها، وعلىٰ هذا جميع أصحابنا.

وليس الجار الذي يقضىٰ له بالشفعة إلا الملازق، وهذا قول أبي حنيفة، وكان ابن أبي ليلىٰ يقول: للجار الشفعة، ثم رجع عن ذلك، وقال: لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم، فيحتمل أن يكون ما حكاه أبو يوسف عن بعض أصحابنا، أنه أراد به ابن أبي ليلىٰ، وقد نبّه أبو يوسف علىٰ العلة [المذكورة][2]، وهي خوف التأذي علىٰ وجه الدوام.

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم: أن شريحًا كان يقضي بالشفعة للجيران بأقرب الأبواب إلىٰ باب الدار، وقد قال أبو حنيفة بخلاف ذلك، وقال: الجار الذي يقضىٰ له بالشفعة الملاصق، وهو الصحيح؛ لأن قُرب الباب وبُعْد الباب ليس له تأثير، وإنما التأثير للضرر، وذلك موجود في الملاصق دون غيره[3].

وروىٰ أبو يوسف عن أشعب بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار أحق من غيره.

قال أبو يوسف: وتفسير ذلك عندنا ـ والله أعلم ـ: أن الشريك الذي لم يقاسم: هو الخليط، وهو أحق من الشفيع، والشفيع: الشريك في الطريق والمنازل مقسومة، والجار الذي لا شرك له في منزل ولا طريق.

(١) في أ (يجب) والمثبت من م.
(٢) في أ (المؤكدّة) والمثبت من م.
(٣) انظر: الأصل للشيباني، ٢١٨/٩ وما بعدها.




وقد روىٰ ابن سماعة عن محمد في تفسير هذا الحديث مثل ذلك، وقال أبو يوسف في دارٍ بين رجلين، ولرجل فيها طريق، فباع أحدهما نصيبه من الدار، فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك، ولا شفعة لصاحب الطريق.

وكذلك دار بين رجلين لأحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل [آخر بأرضه]، فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط، قال: فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار، وله الشفعة في الحائط وأرضه، وأما الطريق في الدار، فصاحبه شريك في حق المبيع، والشريك في نفس المبيع أولىٰ من غيره.

وأما الشريك في الحائط فهو أولىٰ بالحائط؛ لأنه شريك فيه، وهو جار في بقية الدار، فكان الشريك فيها أولىٰ منه.

قال: وكذلك دار بين رجلين، ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر، فباع الذي له شرك في البئر نصيبه من الدار والبئر، فالشريك في الدار أحق بشفعةِ الدار، ولا شفعة للشريك في البئر في الدار، وله شفعة في البئر؛ وذلك لأنه شريك في البئر، والشريك في الدار جار البئر، فالشريك أولىٰ من الجار، والشريك في البئر جار في بقية الدار، فالشريك في الدار أولىٰ منه.

قال أبو يوسف: ليس[1] له شفعة فيما يسكن إذا كان شريكًا فيما لا يسكن، بمنزلة الطريق والبئر والحائط، وهذا صحيح في الحائط والبئر؛ لأنها ليست من حقوق الدار؛ لأن الدار لا شرك فيها.

---

(١) في م (له شفعة).

فأما الطريق فهي من حقوق الدار، والشريك فيه شفيع في الدار بالدار، إلا أن الشريك في الدار أولىٰ بها منه.

قال: وكذلك سفل بين رجلين ولأحدهما عليه علو بينه وبين آخر، فباع الذي له نصيب في العلو والسفل نصيبه من رجل، فلشريكه في السفل الشفعة في السفل، ولا شفعة له في العلو، ولشريكه في العلو الشفعة في العلو، ولا شفعة له في السفل؛ لأن صاحب السفل شريك فيه، وجار العلو والشريك في العلو شريك فيه وجار السفل، فالشريك أولىٰ من الجار[1].

قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أبا يوسف قال: في رجل له مسكن علو في الدار وطريقه فيها، وبقيّة الدار لآخر، فباع صاحب العلو منزله بطريقه، فأراد صاحبُ بقية الدار أن يأخذه بالشفعة، فله ذلك استحسانًا، وليس بقياس من قِبَلِ أنّ العلو لا يعرف له حق في الأرض، وهو القياس، ولكني تركت القياس واستحسنت الأخذ بالشفعة؛ لأنه يسكن العُلْو، ويُبَاع، ويوهَبُ، ويورث، ويجوز فيه الوصيّة، وليس لصاحب الأصل أن يهدمه، ولا يحوله عن حاله، فهو حق لازم له ثابت.

وليس هذا كبناء بناه رجل في أرض غيره ثم باعه، هذا لا شفعة فيه.

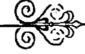
وجه القياس: أن العلو ينقل ويحول، فلا يبقىٰ هناك [غير][2] محل البناء.

وجه الاستحسان: أن حق الوضع متعلق بالبقعة علىٰ التأبيد، فصار كنفس البقعة.

---

(١) انظر: الأصل ٩/٢٤٩.

(٢) في أ (عين، فحل) والمثبت من م.

قال: ولو أن رجلا له علو في دار، وطريقه في دار أخرىٰ إلىٰ جنبها، فباع صاحب العلو علوه، فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولىٰ بالشفعة؛ وذلك لأنهم شركاء في الطريق، وصاحب الدار التي فيها العلو جار، والشريك في الطريق أولىٰ من الجار.

قال: ولو ترك صاحب الطريق الشفعة، وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل[1]؛ (لأن كل واحد منهما جار للعلو، والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة.

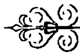
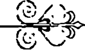
قال: فإن كان جار الدار ليس بملاصق، وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار، فصاحب السفل أولىٰ بالشفعة؛ وذلك)[2] لأن الجوار هو الملاصقة، (فمن لا ملاصقة)[3] له لا يستحق الشفعة بالجوار.

قال: ولو لم يبع صاحب العُلْو وباع صاحب السفل، كان لصاحب العلو أخذ ذلك بالشفعة بمنزلة الجوار لا بالشركة؛ وذلك لأنه لا حق له إلا المجاورة، وحق الموضع ليس بشركة كدارين متجاورين لأحدهما خشب علىٰ حائط الآخر، أن صاحب الخشب لا يستحقها إلا بالجوار.

قال: ولو بيعت الدار التي فيها الطريق، أخذها صاحب العلو بالشركة في الطريق؛ لأن له فيها معنًىٰ زائدًا علىٰ الجوار، فكان أولىٰ من الجار[4].

---

(١) في م زيادة (أولىٰ بالشفعة).
(٢) ساقطة من ب.
(٣) ساقطة من ب.
(٤) انظر: الأصل، ٩/٢١٨ وما بعدها؛ ٣١٣ ـ ٣١٥.

بَابُ
طلب الشفعةِ



قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا بيعت الدار ولها شفيع، فبلغ ذلك الشفيع، فإن محمدًا قال في الأصل: إن لم يطلب مكانه، بطلت الشفعة، وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس[1].

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن لم يطلب حين بلغه، بطلت شفعته، وقال في موضع آخر: فلم يُشهد[2] ساعته، بطلت شفعته.

فهذا يقتضي أن الطلب على الفور، وهذا قول أبي حنيفة [وأبي يوسف][3].

وقال ابن رستم عن محمد: إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضًا وهو ترك للشفعة، وهذا يدل على أنها على الفور.

وقال هشام عن محمد في نوادره: إذا بلغه فسكت هُنَيْهة ثم ادّعاها من ساعته، فهو على شفعته، وهذا [يفيد][4] أنها على المجلس.

قال الشيخ رضي الله عنه: كان أصحابنا يقولون: إن الإشهاد في إحدى الروايتين على الفور، وفي الأخرى على المجلس.

---

(١) الأصل، ٩/٢٣٣.

(٢) في م (إن لم يطلب).

(٣) الزيادة من م.

(٤) في أ (يعيد) والمثبت من م.




وقال ابن أبي ليلىٰ: إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته، وقال الشعبي: إن تركها بطلت.

وقال شريك: لا تبطل أبدًا حتىٰ يُبطلها بقوله.

وقد ذكر أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: أن هذا ليس باختلاف [٢٨٧/ب] رواية، وإنما هو علىٰ المجلس كخيار المخيرة وكخيار القبول، فكأنه حمل رواية ابن سماعة علىٰ أنه لم يتشاغل عن الطلب.

وذكر هشام عن محمد قال: سألت محمدًا عن رجل قيل إن فلانًا باع داره وهو شفيعها، فقال: الحمد لله، قد ادّعيت شفعتها، أو قال: سبحان الله، أو قال: الله أكبر، قد ادّعيت شفعتها، ولقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله، فبدأه بالسلام قبل أن يدّعي الشفعة، ثم ادّعاها، أو قال حين أخبر بالبيع: من اشتراها، أو بكم باعها، أو عطس صاحبه فشمّته قبل أن يدّعي الشفعة، ثم ادّعاها، قال محمد: هو في ذلك علىٰ شفعته.

قلت لمحمد: فمن قال إذا لقيه فسلّم عليه، بطلت شفعته فأنكر ذلك أشدّ الإنكار.

وقال محمد: إذا بلغه فسكت هُنيهةً، ثم ادعىٰ من ساعته، فهو علىٰ شفعته.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وما حكاه هشام يدل علىٰ صحة ما تأولنا.

وأما وجه الرواية التي اعتبرت الفور: قوله ﷺ: «**الشفعة لمن واثبها**»(١)، وقوله: «**الشفعة كنشطة عقال، إن قيّدتها ثبتت، وإلا ذهبت**»(٢).

---

(١) أورده الزيلعي وقال: «غريب، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح»، ٤/١٧٦.
(٢) قال ابن حجر في التلخيص: «هذا الحديث ذكره القاضي»، ٣/٥٦.

وأما وجه الرواية التي اعتُبر المجلس فيها ؛ فلأنه خيار يملك[1] ، فكان على المجلس كخيار القبول والمخيرة ؛ ولأنه يرتأى لينظر هل يصلح له [الأخذ] أم لا يصلح ، وهذا لا يكون على الفور.

وإذا ثبت أنها على المجلس ، وهو أصح الروايتين ، كان على شفعته ما لم يقم أو يتشاغل بغير الطلب كالمخيرة.

فإن قيل: إذا قال: الحمد لله ، أو سبحان الله ، فهو إعراض.

قيل له: هذا يذكر لافتتاح الكلام ، فلم يدل على الإعراض ، وكذلك [السلام][2] وتشميت العاطس ، ليس بعمل يدل على الإعراض ، ولذلك لا يبطل به خيار المخيّرة.

وأما قوله: من ابتاعها؟ وبكم ابتاعها؟ فليس بإعراض ، وإنما هو سبب للطلب ، ألا ترى أنها قد تصلح له بثمن دون ثمن ، وبمجاورة[3] رجل دون غيره ، فالمسألة من ذلك لا تسقط الشفعة ؛ لأنها من أسباب الشفعة.

قال الشيخ رحمه الله تعالى: وكان أبو بكر الرازي يقول: إذا بلغه البيع وليس بحضرته من يشهده ، فقال: إني مطالب بالشفعة ، ثم نهض إلى من يشهده ، لم يبطل حقه[4]. وهذا صحيح ؛ لأن الشفعة إنما تثبت بالطلب ، وإنما يشهد ؛ لأنه لا يصدّق على الطلب بغير بيّنة ، فإذا لم يكن هناك من [يشهده طلب][5] الشفعة ،

---

(١) في م (تمليك).
(٢) في أ (التسليم) والمثبت من م.
(٣) في م (وتصلح له محاورة).
(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٥٤.
(٥) في أ (يشهد بطلت) والمثبت من م.




حتىٰ لا تسقط فيما بينه وبين الله سبحانه.

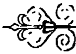
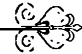
وقال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً باع دارًا ولها شفيع غائب، فإن علم بالبيع وهو غائب، فأشهد حين علم أو وَكَّل من يأخذ له بالشفعة، كان علىٰ شفعته، وكان جائزًا، وإن لم يشهد ولم يوكِّل حين بلغه، ففرط في ذلك ساعة أو يومًا أو أكثر من ذلك، لم يكن له بعد ذلك شفعة؛ وذلك لأن حق الشفعة [يثبت][1] بالمطالبة، والغائب يقدر علىٰ الإشهاد علىٰ المطالبة، كما يقدر الحاضر، فجريا مجرًىٰ واحدًا.

وإنما جعل توكيله بمنزلة مطالبته؛ لأن التوكيل بالمطالبة مطالبة وزيادة، فقام مقام صريح[2] المطالبة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ، وقول أصحابنا في الغائب إذا علم بالشفعة مثل قولهم في الحاضر في صحة الطلب، ولكن له من الأجل في القدوم من بعد ذلك مقدار المسافة، فإن لم يقدم ولم يوكل من يأخذ له بالشفعة بطلت شفعته؛ وذلك لأن الحاضر إذا أشهد في المجلس كان عليه أن يشهد بعد ذلك علىٰ مطالبة البائع إن كان المبيع في يده، أو يشهد علىٰ المشتري، أو علىٰ العقار علىٰ ما سنبيّنه بعده.

فإذا أشهد الغائب في مجلسه، صار كالحاضر إذا أشهد، فلا بد له بعد ذلك من مطالبة البائع أو المشتري، أو الإشهاد عند العقار وقت[3] زواله من المقدار

(١) في أ (يجب) والمثبت من م.
(٢) في م (أن يصرح بالمطالبة).
(٣) في م (فقدر له مقدار).

ما يتمكن فيه من المسير حتىٰ يحضر فيطالب أو يحضر وكيله، فإن لم يفعل ذلك عند الإمكان، صار كالحاضر إذا أشهد ثم لم يطالب البائع ولا المشتري، ولا أشهد عند العقار، ولا طلب عنده فتسقط شفعته[1].

قال بِشر وعليّ عن أبي يوسف: وإن كان الشفيع غائبًا، فإذا علم، فله من الأجل بقدر المسافة، إما أن يقدم أو يبعث وكيلاً في طلبها، وذلك بعد أن يشهد حين علم أنه علىٰ شفعته، ويسمّي الدار والأرض والموضع بحدوده، حتىٰ [يستوثق][2] لنفسه.

وقال محمد في كتاب الأصل: إذا اشترىٰ الرجل دارًا والشفيع غائب فعلم بالشراء، فله من الأجل[3] بعد أن يعلم علىٰ قدر المسير، فإن مضىٰ ذلك الأجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له، وهذا علىٰ ما قدمنا[4].

وإنما شرط أبو يوسف تسمية المبيع وتحديده؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم، فإذا أشهد علىٰ الطلب ولم يبيّن المطلوب، لم يكن للمطالبة اختصاص لمبيع دون مبيع، فلا يتعلق بها حكم.

قال: وإذا بلغ الشفيعَ بيع الدار التي هو شفيعها، فأشهد علىٰ طلبه الشفعة، ثم ترك الخصومة فيها بعد إشهاده، فإن ابن سماعة قال: إن محمداً سمعته يقول في رجل اشترىٰ دارًا فطلب الشفيعُ الشفعةَ، وأشهد علىٰ المشتري بذلك، فهو

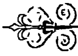
---

(١) انظر: الأصل، ٩/٢٣٤.

(٢) في أ (يستوفي) والمثبت من م.

(٣) في م زيادة (بقدر أن يقدم بعد...).

(٤) الأصل، ٩/٢٣٤.




علىٰ شفعته أبدًا في قول أبي حنيفة، وقال محمد: أستحسن إذا ترك ذلك شهرًا من غير [عذر][١] أن تبطل شفعته، وهو قول زفر.

وقال بشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: إذا علم فأشهد ثم كفّ عن الطلب شهرًا أو أكثر، لم يكن له شفعة، إلا أن يكون القاضي معزولاً[٢] أو غائبًا، وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، وبه نأخذ.

وقال النمر عن أبي يوسف: أنه علىٰ شفعته ما لم يمكنه التقدم إلىٰ القاضي بقدر ما يخرج[٣] رقعته، قال: وهذا قول أبي يوسف، وقال زفر: ما بينه وبين شهر.

قال النمر: وروي عن أبي حنيفة أنه علىٰ شفعته أبدًا إذا أشهد.

وقال ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف: في الشفيع إذا أشهد علىٰ طلب الشفعة، ثم لم يخاصم ولم يَقْدُم إلىٰ القاضي في الشفعة في مثل ما نَعْذُر علىٰ التقدم إلىٰ القاضي فيه، بطلت شفعته.

وإن أشهد علىٰ الشفعة، ثم تقدم إلىٰ القاضي مرّة أو مرتين فهو علىٰ شفعته.

وقال ابن رستم عن محمد: إذا أشهد ثم سكت شهرًا، بطلت شفعته إلا من عذر حبس أو مرض لا يقدر أن يوكل، ولا يصدّق علىٰ العذر بقوله، إلا أن يعلم ذلك.

---

(١) في أ (عقد) والمثبت من م.
(٢) في م (معتلاً) مكان (معزولاً).
(٣) في م (يطرح).

وقال هشام: سألت محمدًا عن قول أبي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير قاض ثم سكت، قال: كان يقول: هو علىٰ شفعته أبدًا ما لم يقل باللسان قد تركتها، وكذا قول أبي يوسف [٢٨٨/أ].

قال محمد: وأما في قولي، فإن سكت بعد الطلب شهرًا بطلت الشفعة.

قال هشام: سألت أبا يوسف عن رجل أشهد علىٰ شفعته ثم غاب عنه شهرًا وأقام، فلم يطلبها، ثم طلبها بعد ذلك، هل له شفعة؟ قال: أمّا الغائبُ فلا، وأما المقيم، فإذا كان حبسه بعد ارتفاعه إلىٰ الحاكم وإثباته حقه ونحوه، فهو علىٰ شفعته، فقلت: فهل يوقت في هذا وقتًا، قال: لا، إلا قدر إثباته حقه وارتفاعه إلىٰ الحاكم.

فحصل من هذه الروايات أن عند أبي حنيفة: [أنه] إذا أشهد، لم تسقط الشفعة بالتأخير، إلا أن يسقطها بلسانه، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف.

وقال في الرواية الأخرىٰ: إذا ترك المخاصمة إلىٰ القاضي في زمان يقدر علىٰ المخاصمة فيه، بطلت شفعته، ولم يوقت.

وقال محمد وزفر: إذا أخّر المطالبة بعد الإشهاد شهرًا من غير عذر، بطلت شفعته.

وقال الحسن: هو قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجه قول أبي حنيفة: أن المطالبة حق متعلق بعقد البيع، فإذا استقر بالإشهاد لم يسقط بالتأخير، كالرد بالعيب.




وجه قول محمد [وزفر]: أن الشفعة تثبت لإزالة الضرر [عن الشفيع]، فلو جوّزنا له تأخير الخصومة أبدًا أضرّ ذلك بالمشتري؛ لأنه لا يقدر على البناء، ولا على الغرس؛ مخافة أن يأخذها الشفيع (ويهدم عليه، ويقلع ملكه)[١]، فلم يجز إلحاق الضرر بواحد منهما.

وقدّر ذلك محمد بالشهر؛ لأنه جعل في حكم الكثير، ألا ترى أنه يجعل أجلاً في الديون؟ وما سواه جعل في حكم القليل، فلم يعتد به، واعتبر شهرًا من حين[٢] العذر؛ لأن العذر المانع من المخاصمة ليس بتفريط، فلا تسقط الشفعة.

ولم يقدّر أبو يوسف التأخير بمقدار، وإنما جعله على قدر ما يرى القاضي؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال.

والجواب عمّا قالاه: أن دفع الضرر عن الشفيع يجب وإن أدّى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمشتري، ألا ترى أن أخذ ملك المشتري بعدما تصرف ضررٌ بالمشتري فيجوز لإزالة ضرر الشفيع.

وأمّا قولهما: إنه لا يقدر على البناء والغرس، فلا يلزم أبا يوسف؛ لأن عنده أن الشفيع يأخذه بالثمن، وبقيمة البناء والغرس، فلا يمنع من ذلك.

وأما أبو حنيفة يقول: هذا ضرر، ألزمه المشتري حين دخل في عقد فيه شفيع.

وقال ابن شجاع عن الحسن، والنمر بن حراز عن الحسن عن أبي يوسف:

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في م (من غير عذر).

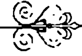
إذا اشترىٰ الرجل دارًا فبلغ الشفيع ، فعليه أن يشهد إذا بلغه [ذلك] حرًا كان المخبرُ أو عبدًا صبيًا أو امرأة ، عدلاً كان أو غير عدل ، إذا كان الخبر حقًا.

وكذلك رواه محمد عن أبي يوسف ، وهو قوله ، ورواه هشام عن محمد ، قال: فأما في قياس قول أبي حنيفة: (يخبر بخبره رجلان أو رجل عدل ، وقال ابن شجاع عن الحسن: قال أبو حنيفة وزفر)[1]: حتىٰ يخبره بذلك رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان عدول ، وهذا نظير قولهم في [المولىٰ إذا بلغه أن عبده قد جنىٰ][2] ، قال أبو حنيفة: اعتبر في الخبر أحد [شرطي][3] الشهادة: إما [العدد][4] ، وإما العدالة.

قال أبو يوسف ومحمد: إذا أخبره واحد فلم يُشهد ، بطلت شفعته ، وكذلك إذا أخبره بجناية عبده فأعتقه ، صار مختارًا ، عدلاً كان المخبِرُ أو غير عدل.

لأبي حنيفة: أن هذا الخبر أخذ شبهًا من أصلين من الشهادة ؛ لأنه يوجب ضمانًا علىٰ المولىٰ ويسقط حق الشفيع ، وشبهًا من الإخبار ؛ لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، فألحق بالشبهين ، (واعتبر فيه قول الواحد ، عدلاً كان أو غير عدل ، كسائر أخبار المعاملات)[5] ، فاعتبر أحد الشرطين إما العدد وإما العدالة ، [فلا يلحق بأخبار المعاملات ولا بالشهادات][6].

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) في أ (في التولي أن عنده حتىٰ) والمثبت من م.
(٣) في أ (شيئين علىٰ) والمثبت من م.
(٤) في أ (العذر) والمثبت من م.
(٥) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٦) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

وفي قولهما: [إنه] من أخبار المعاملات، فيقبل فيه قول الواحد عدلاً كان أو غير عدل، كسائر أخبار المعاملات.

وأما الذي رواه الحسن عن أبي حنيفة: من اعتبار أحد شرطي الشهادة؛ فلأنه يسقط به حق الشفيع، فلا تُجزِ إلا بقولِ مَن يثبت بقوله الحق، كالشهادة على البراءة.

وقد قالوا في المخيّرة إذا بلغها التخيير: لم يعتبر في المخبر أحد شرطي الشهادة؛ لأن ذلك لا يتعلق به إيجاب ضمان عليها.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن المشتري إذا قال للشفيع قد اشتريت، فسكت، بطلت شفعته، وإن لم يكن للمشتري أحد صفات الشهادة؛ لأنه ليس بمخبر، وإنما هو خصم، والدعوى في الخصومة لا يعتبر فيها العدالة[1].



(١) انظر: الأصل ٩/٢٤٠ وما بعدها.

بَابُ
أين تطلبُ الشفعةُ؟



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا بيعت الدار في مصرٍ، والبائع والمشتري والشفيع في ذلك المصر، أو في مدينة، أو في قرية، وهم جميعًا حضور في ذلك الموضع الذي فيه المبيع، فإن الشفيع إن قصد إلىٰ الدار المبيعة، أو إلىٰ الأرض، فأشهد عندها وأعلن، كان ذلك جائزًا.

فإن قصد البائع أو المشتري والدار غير مقبوضة فأشهد، صح ذلك.

فإن قبضت الدار، فلا خصومة بينه وبين البائع ولا عُلْقة، فإن أشهد عند الدار صَحَّ، وإن أشهد عند المشتري صح.

قال الشيخ رضي الله عنه: والأصل في هذا: أن الشفعة تتعلق بعقد البيع، وتستقر بالإشهاد، (وتملك بالأخذ.

وإنما تعلقت بالبيع؛ لأنها تجب لرغبة البائع عن ملكه، وإنما استقرت بالإشهاد)[1]؛ لأنها حق ضعيف، يسقط بالإعراض عنه، ولا يعلم أنه مطالب وليس بمُعْرِض إلا بالإشهاد، وإنما تملك بالحكم؛ لأنه نقل ملك، فلا بد فيه من التراضي أو حكم الحاكم، وقد بيّنا صفة الإشهاد في المجلس الذي يعلم فيه الشفيع بالبيع، إلا أن المطالبة لا تكون إلا بمطالب، والإشهاد في المجلس إنما

(١) ساقطة من م.




هو حتىٰ يعلم أنه ليس بمعرض، ثم[1] تحصل مطالبة المطلوب بعد ذلك من غير تشاغل بشيء[2] مع القدرة.

فإن كان المبيع في يده لم يقبض، فهو بالخيار: بين مطالبة البائع أو المشتري، أو الإشهاد عند العقار؛ لأن الشفيع تثبت له مخاصمة البائع ما دام المبيع في يده، فصحّت مطالبته.

وكذلك يطالب المشتري؛ لأن الملك له، وحقه متعلق به، وكذا إن أشهد عند العقار؛ لأن حقه متعلق بعين العَقَار، فكان له أن يشهد علىٰ ما تعلق حقه به.

فأمّا إذا سلّم البائع المبيع، لم يصح الإشهاد عليه؛ لأنه خرج من الخصومة، ألا ترىٰ أنه لم يبق له يد علىٰ المبيع ولا ملك، فصار كالأجنبي.

قال: وإن كان البائع والمشتري عقدا البيع في غير الموضع الذي فيه الدار، وعلم الشفيع [٢٨٨/ب] أنهما ببلد آخر، فليس عليه أن يأتيهما حيث هما، ويشهد عند الدار.

قال هشام: سألت محمداً عن رجل باع داراً، والدار بالكوفة، والبائع والمشتري في غير الكوفة، والشفيع بالكوفة، قال: علىٰ الشفيع أن يأتي الدار فيشهد عندها ويعلن بطلب الشفعة.

قال: قلت لمحمد: فلو لم يأت الدار عند ذلك، أتبطل شفعته؟ قال: نعم، قال محمد: وإذا أشهد علىٰ الشفعة عند الدار، فليس عليه أن يتبع المشتري، ولا

(١) في م (لم).

(٢) في م (يعني).



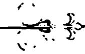
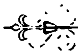

يبعث وكيلاً في طلبه إذا كان غائبًا عن المصر، وهذا على ما بيّنا أنه مخيّر: بين الإشهاد على أحد المتبايعين أو عند العقار، فإذا أشهد[1] عند العقار فقد استقر حقه، فلا يسقط بترك الإشهاد على أحد المتبايعين.

قال: قلت: فإن كان الشفيع في غير المصر الذي بيعت فيه الدار، قال عليه أن يذهب في طلبها، أو يبعث وكيلاً، فإن لم يفعل بطلت شفعته؛ وذلك لأن الواجب [إذا أشهد][2] في مجلسه فلا بد [له] من الإشهاد على أحد المتبايعين، أو على العقار؛ لما بيّنا أن المطالبة لا تكون إلا لمطلوب، فإذا لم يطلب، فقد أعرض عنها، فبطلت شفعته[3].

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا صحّ الإشهاد على ما ذكرناه، وأراد أن يقضي له بالدار بشفعته، فإن كانت الدار لم تقبض، أحضر البائع والمشتري جميعًا، ولا يقضي له [بشفعته] حتى يحضرا جميعًا، فإذا حضر أحدهما دون الآخر، لم يحكم له.

أما ثبوت مخاصمة البائع؛ فلأن له في الدار يدًا مستحقةً، فكانت الخصومة معه [قِبَله] ثابتة كالمالك؛ ولأن حق الشفيع يثبت بخروج [البيع][4] من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري، فصار كمن ادعى أنه اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري، فيثبت له مخاصمة البائع، إلا أن القاضي لا يحكم بينهما إلا بحضور المشتري؛ لأن القضاء على البائع بالشفعة فسخ لملك المشتري، فلا

(١) في م (فإذا قدر على العقار فأشهد).
(٢) في أ (أن يشهد) والمثبت من م.
(٣) انظر: الأصل، ٢٣٨/٩ وما بعدها.
(٤) في أ (الشيء) والمثبت من م.

يجوز إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه؛ ولأن له حقًا في الحضور ليدلي بحجته، فتوقف الحكم على حضوره.

وأما إذا كانت الدار قد قبضت، فالخصم هو المشتري وحده، فإذا أحضره حكم عليه؛ وذلك لأن البائع لا ملك له ولا يد، فصار بعد التسليم كالأجنبيّ، فلا يعتبر حضوره في صحة الحكم.

قال: وإذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا، والدار في يد البائع، (انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري، وسلم الشفيع الثمن إلى البائع، وكانت عهدة الشفيع على البائع)[١]، ورجع المشتري على البائع بالثمن إن كان قد نقده.

أما فسخ البيع، فهو المشهور من قولهم، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن البيع لا ينتقض[٢].

وجه قولهم المشهور: أن حقَّ الشفيع سابق لحق المشتري، فإذا قضي له بالملك لحق سابق، انفسخ ملك المشتري، كما لو قضي للمستحق؛ ولأن القضاء للشفيع يسقط قبض المشتري، وما أسقط القبض، أبطل البيع، كهلاك المبيع.

وجه قول أبي يوسف: أن الشفعة إنما تجب بسبب الشراء، فصارت من حقوقه، وحقوق الشيء لا تنافيه؛ ولأن الشفعة لما تعلقت بعقد البيع، لم يجز أن يفسخ بها؛ لأن ذلك يؤدي إلى سقوطها.

---

(١) ساقطة من م.

(٢) في م (يتبعض).

قال أبو يوسف: وقياس قول أبي حنيفة في جواز بيع العقار قبل القبض يقتضي أن لا ينفسخ البيع بأخذ الشفيع ؛ لأن الشيء مأخوذ من ملكه ، فكأنه باعه .

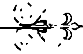
وهذا ليس بصحيح ؛ لأن [قبض] المشتري من المشتري الأول يقوم مقام قبض الأول ، فلا يؤدي ذلك إلىٰ إسقاط قبض الأول ، وقبض الشفيع لا يقوم مقام قبض المشتري ، فيؤدي ذلك إلىٰ إسقاط القبض .

[قال]: وإن أخذ الدار بالشفعة من يد المشتري ، فالبيع الأول صحيح ، فيدفع الشفيع الثمن إلىٰ المشتري ؛ وذلك لأن الملك قد انتقل من ملك المشتري ، فلم يوجب ذلك فسخ بيعه ، كما لو باعه .

فإن قيل: إذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق لحق المشتري ، فإذا أخذ الشيء من يد[1] المشتري ، انفسخ ملك المشتري ، كما ينفسخ إذا أخذه من يد البائع ، (أصله: المستحق إذا أخذ من يد المشتري .

قيل له)[2]: إنّ أخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخًا لم يجز أن يُقْضىٰ عليه إلا بحضور البائع ، فلما اتفقوا أنه يقضىٰ علىٰ المشتري بالشفعة بغير محضر البائع ، دلّ علىٰ أن الأخذ منه ليس بفسخ ، ويفارق هذا الاستحقاق ؛ لأنا نتبيّن بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكًا (لما باعه ، فإذا لم يُجِز المستحق بطل البيع ، وفي مسألة الشفعة لا نتبيّن أن البائع لم يكن مالكًا)[3] ، وإنما فسخنا البيع إذا أخذ من يد البائع لسقوط القبض ، وهذا لا يوجد إذا أخذها من المشتري .

(١) في م (ملك).
(٢) في م (فالجواب) مكانه .
(٣) ساقطة من م .

وإذا ثبت ما ذكرنا، قلنا: إن كانت الدار أخذت من يد البائع، فالعهدة عليه؛ لأن العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق، والبائع هو القابض للثمن، فكان عليه ردّه؛ ولأن الدفع انفسخ بين البائع والمشتري، وانتقل المبيع من ملك البائع إلىٰ ملك الشفيع، فكانت عهدته عليه.

وأما إذا أخذت من المشتري، فالعهدة عليه؛ لأنه [هو] القابض للثمن، فالعهدة عليه؛ ولأن الشيء انتقل من ملكه إلىٰ ملك الشفيع.

وروىٰ ابن سماعة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: أن المشتري إن كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتىٰ قُضي للشفيع بالشفعة بمحضر من البائع والمشتري، فإن الشفيع يقبض الدار من البائع، وينقد المشتري الثمن، وعهدته عليه.

وإن لم ينقد [المشتري الثمن] يدفع الثمن إلىٰ البائع، وعهدته عليه؛ وذلك لأن البائع إذا قبض الثمن لم يبق له حق في إمساك المبيع، والقضاء عنده ليس بفسخ لملك المشتري، وإنما هو استحقاق عليه، فكان الثمن له.

وأما إذا لم يقبض البائع الثمن، فللبائع حبس المبيع حتىٰ يستوفي الثمن، فلم يتوصل الشفيع إلىٰ أخذ الدار إلا بدفع الثمن إلىٰ البائع.

وقال في الأصل: إذا كان الشفيع بالكوفة حيث الدار والبائع والمشتري بالسواد، فلم يُشهِد علىٰ طلب الشفعة، وشَخَص إلىٰ المشتري، فهذا تسليم منه حيث ترك أن يشهد علىٰ طلبه.

وكذلك لو كان بحضرة المشتري والبائع، فشَخَص إلىٰ موقع الدار، ولم يشهد علىٰ البائع والمشتري، فهذا تسليم؛ وذلك لأنه يقدر علىٰ المطالبة في

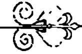
مكانه، فإذا تركها مع القدرة، بطلت شفعته، وإنما يخيّر بين الأشياء الثلاثة إذا جمعها موضع واحد.

قال: وإذا كان في غير مصرٍ البائعُ والمشتري والدارُ، فإلىٰ أيّهم شخص ليطلب شفعته إلىٰ المشتري، أو إلىٰ البائع، أو إلىٰ الدار، فهو علىٰ شفعته؛ وذلك لأنه لا بُدَّ له من المطالبة في إحدىٰ المواضع الثلاثة، ولا يمكنه أن يجمعها بذهاب(١) واحد مع اختلافها، فلم يبقَ إلىٰ أن يقصد أحدها، فلا تبطل بقصده الشفعة، كما لو كانوا في مصر واحد، فقصد أحدهم.

قال أبو الحسن: إن حال بين الشفيع وبين الإشهاد عند الدار، أو علىٰ البائع أو علىٰ المشتري أو علىٰ أحدهما حائل لا يستطيع [٢٨٩/أ] الشفيع أن يصل إلىٰ ذلك معه، ولا أن يبعث وكيلاً، فهو علىٰ شفعته إلىٰ أن يزول الحائل المانع له، ثم يعود الأمر بينهم علىٰ ما ذكرنا؛ [وذلك] لأن ترك المطالبة تسقط الشفعة، ويدل علىٰ الإعراض، فإذا كان هناك مانع من المطالبة، فالظاهر أنه ترك(٢) الطلب لمانع، فلا تسقط شفعته(٣).



(١) في م (بقصد).
(٢) في م (فالظاهر أن الإعراض للمانع، فلا يسقط حقه، والله أعلم).
(٣) انظر: الأصل ٩/٢٣٥ وما بعدها.

بَابٌ
ما يحدثُه الشفيع مِمَّا يُبطل شفعته أو لا يُبطلها



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا اشترى الرجل دارًا ولها شفيع، [فساوم][1] الشفيع المشتري، أو سأله أن يوليه إياها، أو استأجرها الشفيع من المشتري، أو كانت أرضًا فأخذها مزارعةً، أو كان في الأرض نخل فأخذها الشفيع معاملة، وذلك كله بعد علمه بالشراء، فذلك كله تسليم منه للشفعة.

وكذلك لو راوضه على ذلك مراوضة، ولم يقع بينهما عقد؛ وذلك لأن الشفعة حق ضعيف؛ بدلالة أنه يبطل بالسكوت والإعراض، فما يستدل به من الأفعال على الإعراض يسقط، أصله: خيار المعتقة والمخيَّرة[2].

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لبريرة: «**إن وطئك زوجك، فلا خيار لك**»[3]، فجعل تمكينها له من الوطء دلالة على اختيار تبقية النكاح، فإذا ساوم الشفيع المشتري، فقد التمس الشراء منه، وذلك تقرير لملكه، فبطلت شفعته.

فأما إذا استأجر، أو أخذ الأرض مزارعة، أو النخل معاملة، فكل متعاقدين دخلا في عقد فدخولهما فيه رضًا بتبقيته، والعقد لا يبقى بينهما إلا مع ترك الشفعة، فصار دخول المشتري مع الشفيع في العقد إسقاطًا للشفعة في مدة الإجارة والمزارعة، فسقط فيما بعدها أيضًا.

---

(١) في أ (فالزم) والمثبت من م.

(٢) انظر: الأصل ٢٧٤/٩، ١٦٤/١٠، ١٦٥.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٥٠٦/٣.

قال: ولو صالح المشتري الشفيع في الشفعة على دراهم أو عرض فالصلح باطل، ويرد ذلك على المشتري، وتبطل شفعته؛ وذلك لأن الشفعة لا يصح لأحد أخذ العوض على إسقاطها؛ لأن المشتري يملك المبيع[1] قبل إسقاط الشفعة وبعد إسقاطها على وجه واحد، فلا يكون في ذلك معنى تملكه المشتري بإزاء العوض، فصار أكل مال بالباطل.

وعلى هذا، قال أصحابنا: إذا قال الزوج للمخيّرة: اختاري بألف، أو قال العِنِّيْنُ ذلك لامرأته، أو قال: اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت، لم يثبت العوض؛ لأنه ملك بُضْعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحدٍ، فصار هذا أكل مال بباطل.

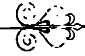
فإذا ثبت أن الشفعة لا يصح أخذ العوض [عن إسقاطها، وسقوطها لا يفتقر إلى العوض، فبطلان العوض فيها] من طريق الحكم لا يمنع من سقوطها، كالمسلم إذا طلق امرأته على خمر، بطلت الخمر من طريق الحكم، ولم يبطل الطلاق.

وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس إذا أبطلها بعوض، فقال في إحدى الروايتين: الكفالة باطلة، والعوض باطل، وسوّى بينها وبين الشفعة؛ لأن إسقاط الحق فيها لا يقف على عوض، فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها.

وقال في الرواية الأخرى: لا تسقط؛ لأنها حق أقوى من الشفعة، بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والإعراض، وهو لم يرض بإسقاطها إلا بعوض، فإذا لم يسلم له العوض لم يسقط.

---

(١) في م هنا زيادة (قبل البيع).

قال: وكذلك إن باع الشفيع داره التي تشفع بها بعد شراء المشتري، وهو يعلم بالشراء أو لا يعلم، فقد بطلت شفعته؛ لأنه يستحقها بالجوار، وقد زالت المجاورة، وإن رجعت إلىٰ ملكه وقد فسخ البيع [بعيب] بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية، أو شرط، فليس له أن يأخذها بالشفعة؛ لأن شفعته بطلت ببيعه، فلا تعود إلا بعود سببها، وهو البيع.

قال: وإن باع الشفيع داره علىٰ أنه بالخيار بعد شراء المشتري، فهو علىٰ شفعته ما لم يرض بالبيع؛ لأن ملكه لم يزل عمّا يشفع به.

[قال]: فإن طالب في مدة الخيار الشفعةَ، كان ذلك منه نقضًا للبيع؛ لأن طلب الشفعة يدل علىٰ اختياره تبقية المبيع علىٰ ملكه، وذلك سبب مسقط لخيار البائع.

قال: ولو باع الشفيع الدار بيعًا فاسدًا، وقبض المشتري، والبيع فاسد من البيوع التي تملك [بالقبض]، بطلت شفعته، فإن نقض البيع الفاسد وردت عليه فلا شفعة له؛ وذلك لأن البيع الفاسد إذا اتصل به القبض أزال الملك كالصحيح(١).

قال: ولو أن الشفيع باع نصف داره، أو ثلثها، أو أكثر من ذلك بعد أن يبقىٰ منها شيء، وما باع شائع، فله الشفعة بما بقي؛ وذلك لأن الباقي علىٰ ملكه من الدار، لو كان موجودًا في الابتداء لاستحق به الشفعة، وكذلك في حال البقاء يستحق به.

قال: ولو باع منها بيتًا أو حجرةً، وليس ما باع مما يلي الدار التي يطلب

---

(١) انظر: الأصل ٩/٢٦٧.

شفعتها، فهو علىٰ شفعته؛ وذلك لأنه يستحق بالجوار، وهو موجود فيما بقي من الدار.

وإن باع مما يلي الدار، قال أبو يوسف: وهو علىٰ وجهين: إن كانت قد استغرقت حد الدار التي فيها الشفعة فلا شفعة للبائع، وإن كان بقي من حدها شيء ملازق لما بقي[1] من الدار، فهو علىٰ شفعته؛ لأنه إذا استغرق الحدَّ بالبيع، فلم يبق له جوار، فسقطت شفعته.

وإذا لم يستغرق الحد، فقد بقي ما لو كان موجودًا في الابتداء استحقت به الشفعة، فكذلك [في] البقاء.

قال: ولو كان الشفيع شريكًا وجارًا فباع نصيبه [من الشركة] الذي يشفع به، كان له أن يطالب بالشفعة بالجوار[2].

وهي أيضًا رواية الإملاء، رواها علي بن الجعد عن أبي يوسف؛ لأنه يستحق الشفعة بسببين، فإذا باع الشقص فقد بقي السبب الآخر، وهو مما يستحق به الشفعة في الابتداء، فكذلك في حال البقاء.

قال ابن الجعد: وسألت أبا يوسف في رجل اشترىٰ دارًا ولها شفيع، فقال الشفيع: آخذ نصفها بالشفعة، فقال له المشتري، هذا منك تسليم، قال أبو يوسف: ليس هذا بتسليم.

وقال محمد في مثل هذا: هو تسليم.

---

(١) في م (ملاصق للدار).

(٢) انظر: الأصل ٩/ ٢٢٠.

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمدًا قال في رجل اشترى دارًا، فأتاه شفيعها فقال: سلم لي نصفها بشفعتي، فأبى المشتري أن يُعطيه نصفها، فذلك له، وقد بطلت شفعته؛ لأن هذا تسليم منه للنصف الذي لم يطلب، فإذا سلم النصف لم يكن له على النصف الآخر سبيل إلا أن يشاء المشتري.

وكذلك لو قال الشفيع: أعطني نصفها وأسلم لك النصف، أو أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، فإن هذا كله تسليم من الشفيع، إلا أن يكون الشفيع طلب من المشتري الدار كلها بالشفعة، فلم يسلم المشتري له، فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، أو أعطني نصفها وأسلم لك النصف، فإن هذا لا يكون تسليمًا، [وهذا كله في قول أبي يوسف: لا يكون تسليمًا وإن كان الشفيع قاله مبتدئًا].

[وجه] قول أبي يوسف: أنه سلم الشفعة في النصف بعوض يجوز أن يستحقه بالشفعة، فإذا لم يسلم له لم يصح إسقاطه، كمن طلق امرأته على ألف فلم تسلم له، لم يقع الطلاق.

وليس كذلك إذا سلم الدار على دراهم؛ لأنه أسقط حقه على عوضٍ لا يجوز أن يستحقه بالإسقاط، فصار كالمسلم إذا طلق امرأته على خمر فقبلت، أن الطلاق يقع ويبطل الخمر.

وجه قول محمد: أن الشفيع لما أسقط حقه في النصف، فكأنه ترك المطالبة بشفعته، فسقطت شفعته فيه، كما لو ترك المطالبة بالجميع.

فإذا سقطت في النصف، سقطت [٢٨٩/ب] في الباقي؛ لأن [الشفيع][١] لا

(١) في أ (الشفعة) والمثبت من م.

يملك تبعيض الصفقة على المشتري.

وليس كذلك إذا أشهد ابتداءً ثم قال ذلك؛ لأنه ترك المطالبة بالنصف، وذلك لا يسقط شفعته، كما لو ترك المطالبة بالكل بعد الإشهاد.

قال: وإذا سَلَّم الشفيع الشفعة وهو لا يعلم [بالشراء](١)، فالتسليم جائز غائبًا كان المشتري أو حاضرًا، بعد أن يكون التسليم بعد البيع؛ وذلك لأن التسليم صريح في إسقاط الحق، فيستوي فيه العلم والجهل، كالطلاق والعتاق والبراءة من العيب والدين.

وعلى هذا، جعل بيع الشفيع لداره إبطالاً للشفعة، علم بها أو لم يعلم؛ لأن المعنى الذي به تعلق الاستحقاق زال.

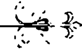
وقال في مساومة الشفيع للمشتري أو استئجاره: إن كان ذلك بعد العلم سقطت شفعته، وإلَّا لم تسقط؛ لأنه ليس بصريح إسقاط، وإنما يستدل به على الإعراض، وذلك لا يكون إلا بعد العلم حتى يسقط الشفعة، وإلا لم يَسقط.

قال: وإن كان التسليم قبل عقده البيع فالتسليم باطل؛ لأنه إسقاط حق قبل وجوبه، وقبل وجود سبب وجوبه، إلا أنه لا يُصدَّق أنه لم يعلم؛ لأنه أسقط الحق في الظاهر، وإنما يتصوّر ذلك إذا صدقه المشتري أنه أسقطه قبل البيع، [والله أعلم](٢).



(١) في أ (بالشفعة) والمثبت من م.

(٢) انظر: الأصل ٢٧٤/٩ وما بعدها.

بَابُ
الشفيع يُخبر بعقدِ البيع فيسلّم ثم يعلم أن البيعَ بخلافِهِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا أُخبر الشفيع أن دارًا بيعت بألف درهم، وهو شفيعها، فسلم الشفعة، ثم علم أنه اشتراها بأكثر من ألف درهم، فالتسليم جائز، وإن كانت بيعت بأقل من ألف، فالتسليم باطل، وله الشفعة[1].

قال رحمه الله تعالىٰ: والأصل في ذلك أن الغرض [بالشفعة] يختلف باختلاف الثمن وجنسه، ويختلف باختلاف المشتري، وبصفة المبيع، فيكون للشفيع غرض في بعض الوجوه دون بعض، فإذا سلم علىٰ بعض الوجوه، فبان أن الشراء وقع علىٰ وجه آخر، [فكأنّ التسليم وقع بالشرط الذي أخبر به، فإذا] لم يكن التسليم واقعًا علىٰ الشرط الذي أخبر به، فتبقىٰ له الشفعة بحالها.

وإذا ثبت هذا قلنا: إذا قيل له: إن الدار بيعت بألف، فإنما سلم لأنها لم تصلح له بهذا القدر من الثمن، فإذا كان المبيع بأكثر من ألف، فأولىٰ أن لا تصلح له، وليس كذلك إذا بان أنها بيعت بأقلَّ من ألف؛ لأنه إنما سلم للشفعة بالألف استعظامًا للثمن، فإذا بان أنه أقل، صلحت له الدار به، فكأنه قال: سلمت شفعتي إن كان الثمن ألفًا.

وأما إذا سلم الشفعة وقد أخبر أن الثمن ألف، فإذا هو مائة دينار، فإن كانت

---

(١) انظر: الأصل ٩/٢٧٥.

قيمتها ألفًا أو أكثر، صَحَّ التسليم، وإن كانت قيمتها أقل من ألف، فله الشفعة.

وقال زفر: له الشفعة في الوجهين.

وجه قولهم: أن الدراهم والدنانير في حكم الجنس الواحد؛ لأنهما أثمان الأشياء، فوجب أن يعتبر اختلاف القدر فيهما، كما يعتبر في الجنس الواحد؛ ولأنه لا ينتقل بنقل أحدهما إلىٰ الآخر، فلم يجز أن يكون التسليم لمعنىً يعود إلىٰ الجنس، فلم يبق إلا أن يكون للقدر.

وليس هذا كما لو أخبر أنها بيعت بحنطة فسلّم، ثم بان أنها بيعت بشعير قيمته مثل الحنطة أو أقل، فله الشفعة؛ وذلك لأن هذه الأجناس لم تجر مجرىٰ الجنس الواحد، وتنقل علىٰ الإنسان نقل بعضها إلىٰ بعض، فيجوز أن يكون سَلّم لأنه لا يقدر علىٰ الحنطة، وعنده شعير، فيسهل عليه الأخذ به، فلم يكن ذلك تسليمًا.

وجه قول زفر: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان، يجب الشفعة بهما، فإذا سلم في أحدهما لم يكن تسليمًا في الآخر، كالمكيلات.

وأما إذا بلغه أنها بيعت بألف، فسلم، ثم علم أنها بيعت بمكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير، أو [بمعدود][1] غير متفاوت، فشفعته باقية، وتسليمه باطل؛ لأنه يجوز أن يكون سلم لأنه لا يقدر علىٰ الدراهم، ويقدر علىٰ الجنس الذي بيعت به، فكأنه سلم إن كان البيع [وقع] بالدراهم.

وأما إذا بان أن الشراء بعرض من العروض مما لا تجب الشفعة بمثله إنما

(١) في أ (غير معدود) والمثبت من م.

تجب بقيمته ، [فإن كانت قيمته مثل الألف أو أكثر ، فهو تسليم ، وإن كانت أقل فليس بتسليم ؛ لأن العرض لا تجب الشفعة بمثله ، وإنما تجب بقيمته] ، والقيمة من جنس الدراهم ، فكأنه سلم وقد بلغه قدر من الدراهم ، وبان قدر آخر ، فإن كان أكثر صَحّ التسليم ، وإن كان أقل فليس بتسليم.

وأما إذا بلغه أن الثمن عَرَض مسلم ، ثم وجد الثمن من صنف آخر مما تجب الشفعة في مثله ، فله الشفعة ؛ لأن الشفيع هاهنا إنما سلمها لأن الجنس الذي بلغه لا يقدر عليه ، ويجوز أن يتيسر عليه جنس آخر.

وأما إذا بلغه أنه اشترىٰ نصف الدار ، ثم علم أنه اشترىٰ جميعها(١) ، فله الشفعة.

ولو قيل له: إنها اشتريت كلها ، فسلم الشفعة ، ثم بان أنه اشترىٰ نصفها ، كان التسليم جائزًا عليه ، وذكر النمر بن حزار ضد هذا ، فقال: إذا قيل له: إنها بيعت كلها ، (فسلم ، ثم بان أن نصفها بيع ، فله الشفعة ، فإن قيل له: إنها بيع نصفها ، فسلم ، فبان أنها بيعت كلها)(٢) ، فلا شفعة له.

ووجه الرواية الأولىٰ ، وهو المشهور: أنه إذا بلغه بيع النصف ، فإنما أسقط حقه عن النصف ، ولم يسقط حقه عن الباقي ، فلم يجز أن يلزمه إسقاط الحق في بقية الدار ؛ ولأنه سلم في النصف كيلاً يستضر بالشركة ؛ لأنها عيب ، فإذا بيعت كلها فلا عيب ولا ضرر بالشركة ، فتثبت له الشفعة.

وأما إذا سلم الشفعة في جميعها ، فقد سلّم في كل جزء منها ؛ ولأنه إذا

(١) في م (اشتريت كلها).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

سلم مع عدم العيب والضرر بالشركة، فتسليمه مع وجودهما أولىٰ.

أما وجه رواية النمر: فلأن الإنسان قد يسلم الشفعة في الجميع؛ لأنه لا يجد مقدار ثمنه، ويصلح له البعض؛ لأنه يتمكن من ثمنه.

وأما إذا سلم في البعض، فقد سلم لعجزه، فهو عن جميعه أعجز.

وأما إذا أخبر أن المشتري زيد، فسلم، ثم علم أن المشتري عمرو، فهو علىٰ شفعته؛ وذلك لأن الإنسان قد يصلح له مجاورة واحد ولا يصلح له مجاورة آخر، فلم يكن التسليم لواحد تسليمًا لغيره؛ ولأنه أسقط حقه قِبَلَ زيد، فبقي حقه قِبَلَ عمرو بحاله.

وأما إذا أخبر أن المشتري زيد، فسلم، ثم بان أن المشتري زيد وعمرو، أخذ نصيب عمرو وسلم لزيد نصيبه؛ لأنه لما سلّم لزيد الشفعة في جميع الدار كان ذلك تسليمًا لكل جزء منها، ولم يسلم لعمرو شيئًا، فجاز له أخذ نصيبه؛ لأن الشفيع يملك أخذ نصيب أحد الشريكين، والمشتريين دون الآخر.

وقد قالوا في الشفيع: إذا أخبر أن الدار بيعت بألف فسلم الشفعة، ثم إن البائع حط عن المشتري خمسمائة، فقبل الحط [٢٩٠/أ]، كان للشفيع الشفعة؛ لأن الحط يلحق العقد عندنا، والشفيع إنما سلم لكثرة الثمن، فإذا نقص الثمن في حقه، صار كما لو بان له أن الثمن كان ناقصًا في الابتداء، ولو لم يقبل المشتري الحطّ لم تجب الشفعة؛ لأن صفة الثمن لا تتغير عن القدر الذي سلم به الدراهم(١).

(١) انظر: الأصل ٢٧٤/٩ وما بعدها.

بَابُ
الشفيع يُطالب أن يُحكم له بالشفعةِ
كيف ينبغي للحاكم أن يحكم والمال حاضر أو غير حاضر



قال ابن سماعة: سألت محمداً، قلت: أرأيت الشفيع إذا طلب الشفعة، أيقضي له بها القاضي علىٰ أن يدفع الثمن من ساعته، أرأيت إن قضىٰ له بالشفعة وأمره أن يدفع الثمن إلىٰ المشتري من ساعته؟ فقال: لا أنفذه إلىٰ يوم أو يومين، أو قال: إلىٰ شهر، فأبىٰ المشتري أن يقبل ذلك، أيفسخ قضاؤه إن كان قضىٰ له بها، أم لا؟ وما القول في ذلك إن كان لم يقض له بها.

قال محمد: ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتىٰ يحضر الشفيعُ المال، فيقضي له بالشفعة، ويدفع إلىٰ المشتري الثمن.

فإن طلب الشفيع أجلاً في المال، أجابه إليه يومًا أو يومين أو ثلاثة، فإن أحضر المال وإلَّا أبطل شفعته.

وإن عزل القاضي، فقضىٰ [له] بالشفعة [وقضىٰ له بالثمن] ثم أبىٰ الشفيع أن يدفع الثمن، حبسه في السجن حتىٰ يدفع المال، ولا ينقض الأخذ بالشفعة، ألا ترىٰ هذا بمنزلة الشراء من البائع للمشتري، وقد ذكر في الأصل أن للمشتري أن يحبس الدار حتىٰ يستوفي الثمن من الشفيع، وكذلك من ورثته إن مات.

وهذا يدل علىٰ أن القاضي يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن، فيكون ما ذكره محمد قوله وحده، وظاهر رواية الأصل قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وذكر أبو الحسن في هذا الباب عن الحسن، عن أبي حنيفة مثل قول محمد: أن القاضي لا يقضي حتىٰ يحضر الشفيعُ الثمنَ.

وجه قولهما المشهور: أن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلىٰ الشفيع، وإنما ينتقل (الملك بالقضاء، فلم يجب علىٰ الشفيع إحضار ثمن لم يلزمه، كما لا يجب علىٰ المشتري ذلك قبل البيع؛ ولأن البيع ينتقل من المشتري إلىٰ الشفيع كما ينتقل)[1] من البائع إلىٰ المشتري، فإذا لم يقف انتقال أحدهما علىٰ إحضار الثمن، فكذلك الآخر.

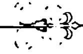
ووجه قول محمد: أن الشفعة تجب لإزالة الضرر عن الشفيع، فلم يجز إلحاق الضرر بالمشتري، ولو قضىٰ القاضي قبل إحضار الثمن له بالشفعة، لم يأمن أن يكون الشفيع مفلسًا، فيتعجل [مِلك][2] الدار ويتأخر الثمن عن المشتري، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك البيع؛ لأن الملك ينتقل فيه برضا البائع، فلذلك استوىٰ ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه.

وأما قول محمد: إن الشفيع إذا طلب من القاضي أن يؤجله بالثمن، أجله إلىٰ يومين أو ثلاثة؛ فلأن الثلاثة أقصىٰ مدة وضعت في الشرع للارتياء، وهو خيار الشرط، فيؤجله هذا القدر، فإن أحضر فيه الثمن وإلا بطل حق شفعته؛ لأن في تبقيتها مع تعذر الثمن إضرار بالمشتري.

وأمّا قوله: إن القاضي إذا عجل، فقضىٰ، يحبس الشفيع في السجن إن امتنع

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) في أ (مال) والمثبت من م.

من دفع الثمن؛ لأنه حق وجب عليه، فإذا امتنع من أدائه حُبس كما يُحبس المشتري إذا امتنع من أداء الثمن.

قال ابن سماعة: سمعت محمدًا قال في رجل اشترىٰ دارًا فجاء الشفيع وطلب أخذها بالشفعة، فقال المشتري: هات الثمن وخذها بشفعتك، قال: نعم، أو قال: آتيك به، ثمَّ لم يخاصمه الشفيع ولم يأت بالثمن حتىٰ مضىٰ شهر، قال: أُبطل شفعته، أستحسن ذلك في شهرٍ.

ولو خاصمه الشفيع إلىٰ القاضي، فأقَرَّ المشتري أنه شفيع، وقال: هات الثمن وخذها، فأمره الحاكم أن يدفع الثمن إليه ويأخذ منه الدار، فله ذلك.

فإن أخّر دفعه شهرًا أو أكثر من ذلك لم تبطل شفعته.

وينبغي للقاضي إذا تقدم إليه في هذا: أن يؤجل الشفيع أجلاً، ويقول له: إذا لم تأت بالثمن إلىٰ هذا الأجل، فلا شفعة لك.

أمّا إذا لم يخاصم حتىٰ مضىٰ شهرًا، بطلت شفعته عند محمد استحسانًا، ولم تبطل في قولهما إذا كان أشهد، وقد قدمنا هذه المسألة.

وأما إذا خاصم في الشهر إلىٰ القاضي، وطالبه بالشفعة، فقال القاضي: ادفع الثمن، فأخّره، لم تبطل شفعته عند محمد؛ لأنه يجعل ترك الخصومة في الشهر إعراضًا عن الشفعة، فإذا خاصم فيها إلىٰ القاضي، فلم يعرض، فلا تبطل شفعته.

وهذا [يوجب][1] أن يؤجل القاضي الشفيع (هذا القدر من الأجل)[2]،

---

(١) في أ (يجب) والمثبت من م.

(٢) في م (أجلاً).

حتىٰ لا يستضر المشتري بتأخير الشفيع ، يعني يومين أو ثلاثة .

وأما إذا ضرب القاضي للشفيع أجلاً ، وقال له: إن لم تأت بالثمن إلىٰ وقت كذا فلا شفعة لك ، فلم يأت به بطلت شفعته ؛ لأنه لما لم يحضره مع التأجيل ، فقد أعرض عن شفعته ، فصار ذلك إسقاطًا لها .

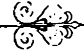
ويجوز أن يقال: إن إسقاط الشفعة يتعلق بالشرط ؛ لأنه إسقاط حق ليس فيه معنىٰ المال ، فجاز أن يتعلق بالشرط كالطلاق ؛ ولهذا قالوا في براءة الكفيل: إنها تتعلق بالشرط في إحدىٰ الروايتين .

وقال ابن رستم: عن محمد إذا طلب الشفيع من المشتري الشفعة ، [فقال المشتري: سلّم المال] ، فقال له الشفيع: إن لم أعطك إلىٰ ثلاثة أيام أو أجل رضيا به [فأنا][1] بريء من الشفعة ، فلم يعطه المال في[2] الأجل ، قال: بطلت شفعته .

وكذلك لو كان القاضي هو أجله ؛ وذلك لأنه علق إسقاط الشفعة بشرط ، وقد بيّنا أن ذلك جائز كالطلاق .

وقال ابن شجاع: إذا لقي المشتري الشفيع فأعلمه أنه قد اشتراها ، وقال: هات ثمنها وخذها ، فمكث ثلاثًا لا يجيئه بالمال ولا يطلب ، بطلت شفعته ، ولم يضف ابن شجاع هذا القول إلىٰ أحد من أصحابنا ، فيجوز أن يكون قوله ، فإن كان يعني بذلك أن الشفيع لم يشهد ، فحقه لم يستقر ، فإذا أخّر الأخذ فقد دل

(١) في أ (فإذا) والمثبت من م.
(٢) في أ هنا (إلاّ في الأجل) والمثبت من م.

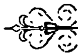



علىٰ الإعراض، فسقط [حقه]، وإن كان يعني بذلك إذا أشهد [فقد] قدر ترك الخصومة ثلاثة أيام، كما قدرها محمد [بالسفر][1]؛ لأن الثلاثة [الأيام أقصىٰ] مدة الارتياء، فيسقط الحق بمضيّها كما يسقط الخيار[2].



(١) في م (بالشهر).

(٢) انظر: الأصل، ٩/٢٧٥ وما بعدها.




بَابُ
الدارُ تُباعُ ولها شُفعاء



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا بيعت الدار ولها شفعاء جماعة بجوارٍ أو شركةٍ، فحضروا جميعًا، فهي بين الشركاء[1] علىٰ عددهم دون أنصبائهم[2].

فإن سلَّم الشركاء كلهم إلا واحدًا، فله أن يأخذ جميع الدار، وكذلك إن سلم بعضهم وبقي بعضهم، فالدار كلها بين مَنْ لَمْ يسلم علىٰ قدر عددهم.

فإن سَلَّم الشركاء [كلهم] فللجيران الشفعة علىٰ [قدر] عددهم.

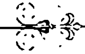
أما كون الشفعة علىٰ [عدد][3] الرؤوس؛ فقد بيّناه.

وأمّا إذا أسقط أحدهم[4] حقه، فللباقين الشفعة؛ لأن كل واحد منهم لو انفرد، ثبت له حق أخذ الجميع.

وإنما يسقط حقه عن بعضها [٢٩٠/أ] بالمزاحمة، فإذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع بحاله، وهذا كالغرماء إذا تخاصموا[5] في التركة، فأسقط بعضهم [حقه]، سلمت التركة للباقين.

---

(١) في م (فهي من الدار، فهي من الشركاء علىٰ قدر عددهم).
(٢) انظر: الأصل ٢٢١/٩.
(٣) في أ (قدر) والمثبت من م.
(٤) في م (بعضهم).
(٥) في م (تخاصوا).

وعلىٰ هذا ، [قالوا] في قاتل الاثنين: إذا عفا ولي أحدهما فللآخر القصاص ؛ لأنَّ حقه ثبت في الجميع .

فإذا [ترك][1] الآخر ، فكأنه لم يكن .

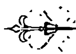
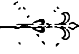
وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأً فعفا ولي أحدهما ، أن ولي الآخر يبقىٰ حقه في نصف العبد ، ويقال لمولاه: إما أن تدفع إليه نصف العبد أو تفديه ؛ وذلك لأن جناية الخطأ مال ، فإذا تعلقت الجنايات بالرقبة ، تضايقت فيها ، فيثبت لكل واحد منهما النصف ، فإذا سلم الآخر لم يعد حق الباقي ، وليس كذلك الشفعة ؛ لأنها حق ليس بمال ، فهي بدم العمد أشبه .

وأما إذا سَلَّم الشركاء ، وقد كان الجيران أشهدوا عند البيع ، فلهم الشفعة ، وهذا خلاف [قول] أبي يوسف ، وقد بيّنا .

فإن كان بعضهم غُيّبًا وبعضهم حضورًا حكم بالدار بين الحاضرين علىٰ عددهم ، ولا معتبر بمن غاب ؛ وذلك لأن الحاضر يثبت له حق في الجميع ، وإنما يسقط حقه بالمزاحمة ، والغائب يجوز أن يطالب ويجوز أن لا يطالب ، فلم يجز إسقاط حق الحاضر بالشك[2] .

قال: وإن جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح ذلك [له] ، ويسقط حق الجاعل ، وقسمت علىٰ عدد من بقي ؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يصح نقله إلىٰ غير الشفيع ، ولهذا يسقط بالموت ، ولا ينتقل إلىٰ الوارث ، فإذا جعله الشفيع

(١) في أ كلمة غير مقروءة ، والمثبت من م .
(٢) انظر: الأصل ٩/٣١٣.

لغيره، فقد أسقطه ونقله إلىٰ غيره، فيصح إسقاطه، ويبطل نقله.

قال: وإذا كان لها شفيعان فحضر أحدهما، حكم له بجميعها، فإن حكم له ثم جاء شفيع آخر، أخذ منه نصف الدار، فإن جاء ثالث، فله أن يأخذ من يد كل واحد منهما ثلث ما في يده، حتىٰ تكون الدار بينهما أثلاثًا علىٰ عددهم؛ وذلك لأن حق الغائب متعلق بالدار، لا يسقط بغيبته، وإنما يُقضىٰ بها للحاضر؛ لأنه لا مزاحم له.

فإذا حضر الغائب كان له المطالبة بحقه؛ ليساوي الحاضر[1] فيه.

[قال]: فإن قَدِمَ [الغائب][2] فقال: أنا آخذ النصف فحسب، وقال الحاضر الذي أخذ الدار كلها: أنا أسلم لك الكُلَّ، فإما أن تأخذ الكل وإما أن تدع، فله أن يأخذ النصف، وليس للذي كان حاضرًا أن يلزمه أكثر من ذلك؛ وذلك لأن حكم الحاكم للحاضر إسقاط لحق الغائب عن مقدار نصيب الحاضر، فإذا أسقط حقه عن النصف، لم يلزمه أن يأخذ إلَّا [ما] تعلق حقه به.

وليس كذلك إذا لم يحكم الحاكم، فترك أحدهما نصيبه؛ لأنّ القاضي لم يسقط حق الآخر عما تعلق به، فإذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع، فكأنه لم يكن إلا هو، فلا يجوز له أخذ البعض.

وهذا كما قالوا: في رجلين ادعىٰ كل واحد منهما دارًا في يد رجل، [وأقاما البيّنة أنها لهما][3]، ثم [لو] أبرأه أحدهما من الدعوىٰ قبل الحكم، قضىٰ

(١) في م (الآخر).
(٢) في الأصل (الأول) والمثبت من م.
(٣) في أ (وأقام البينة أنها له) والمثبت من م.




القاضي بجميع الدار (للآخر.

ولو حكم بالبينتين)[1] ثم أبرأ أحدهما من الدعوى، لم يكن للآخر إلا النصف؛ لأن حكم الحاكم لهما إسقاط لحق كل واحد منهما عما قضي به للآخر، (إلا أن العين تضايقت للمزاحمة، فإذا سقطت المزاحمة، كان الكل للباقي)[2].

قال: وإذا بيعت دار ولها شفيعان، فحضر أحدهما وحكم الحاكم له بها، فاطلع الشفيع على عيب بعد الحكم قبل القبض أو بعد القبض، فرد الدار بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء، ثم قدم الغائب، فليس له أن يأخذ بالبيع الأول إلا نصف الدار.

وإن أراد الغائب أن يأخذها برد الحاضر [لها] ويدع البيع الأول، فإن كان الرد بقضاء قاضٍ، فليس له أن يأخذ بالرد، وإن كان الرد بغير قضاء قاض، فإن شاء أخذها كلها بالرد، وإن شاء أخذ النصف بالبيع الأول؛ وذلك لما بيّنا أن الحكم للحاضر إسقاط لحق الغائب عن النصف، فإذا ردها بغير قضاء، فهذا كبيع مبتدأ فيما بينهما، فيثبت للشفيع به الشفعة، وإذا ثبت له [حقّ الآخر] من وجهين، فإن شاء أخذ بالسبب الأول النصف لسقوط حقه عن النصف الآخر، وإن شاء أخذ بالسبب الثاني الجميع.

[قال]: ولو كان الشفيع الأول خاصم فيها، ثم ظهر على عيب قبل الحكم، فردّها وسلّم الشفعة فيها، ثم حضر الغائب، أخذها كلها إن شاء، وإن شاء ترك؛ وذلك لأن الحاكم لما لم يحكم له بالشفعة، لم يسقط حق الغائب عن شيء منها، فإذا أسقط الحاضر حقه، بقي حق الغائب في الجميع.

(١) في م هنا (الدار) فقط.

(٢) ساقطة من م.




قال: ولو حضر الشفيعان في مسألتنا هذه، وقد كان رد الشفيع الحاضر بعد الحكم، أخذ ثلثي الدار بالشفعة؛ لأن حكم الحاكم إسقاط لحق الغائب عن قدر نصيب الحاضر، وهو الثلث علىٰ ما بيّنا.

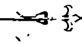
قال: ولو كان الشفيع الحاضر اشتراها من المشتري شراءً، ثم حضر الغائب: فإن شاء أخذها كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذها كلها بالبيع الثاني.

أما بالبيع الأول؛ فلأن الشفعة ثبتت لهما، فإذا اشترىٰ أحدهما، فشراؤه إسقاط للشفعة، فيبقىٰ حق الآخر في الجميع.

وأما الشراء الثاني؛ فلأن المشتري كان له حق المطالبة بالشفعة، فلما عدل عنها إلىٰ الشراء كان ذلك إسقاطًا لما تعلق [له] بالعقد الأول، فلم يثبت له حق الشفعة مع إعراضه عنه.

قال: ولو كان المشتري الأول شفيعًا للدار، فاشتراها الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ بالبيع الأول نصفها، وإن شاء أخذ [الدار] كلها بالبيع الثاني، وشراء الشفيع مثل حكم الحاكم له بالشفعة، ويسقط ما يخص المشتري من الشفعة، ولا يكون في قدر ذلك لمن حضر من الشفعاء شفعة هنا؛ لأن المشتري [الأول] لم يثبت له حق قبل الشراء حتىٰ يكون بابتياعه معرضًا عنه، فيثبت له بهذا العقد حق وللغائب، فلم يكن للغائب أن يأخذ بهذا العقد إلا مقدار ما يخصه بالمزاحمة.

وأما العقد الثاني، فقد ثبت للشفيع حق الشفعة قبله، فلما اشترىٰ أسقط حقه عن العقد الأول، ولم يتعلق بعقده مع إعراضه، فكان للغائب أن يأخذ بالعقد الثاني كل الدار.

وإنما قالوا: إن شراء الشفيع للدار ابتداءً يسقط حق الشفيع الآخر عن مقدار نصيب المشتري؛ لأن ابتياعه يملك الدار مع ثبوت شفعته، فهو كحكم الحاكم الموجب لنقل الملك، فيسقط حق الغائب عن نصيب الحاضر.

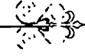
قال: وإن كان المشتري الأول أجنبيًا، اشتراها بألف [درهم]، فباعها من أجنبي بألفين، ثم حضر الشفيع والمشتريان حاضران، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بالبيع الأول، ويسلم الثمن إلى المشتري الأول وكانت عهدته عليه، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني وكانت عهدته على الثاني؛ وذلك لأن كل واحد من العقدين سبب يثبت به الشفعة، ومن ثبت له حق من أحد وجهين، كان له الخيار في أن يأخذ بأيهما شاء.

[قال]: فإن جاء الشفيع والمشتري [الأول] غائب، فخاصم الثاني وأراد أن يأخذ الدار بالبيع الأول، فلا خصومة بينه وبين الثاني في قول أبي حنيفة ومحمد.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: يأخذها من الذي هي في يده من غير أن يحضر المشتري الأول، ويدفع إليه ألف درهم، ويقال له: اطلب صاحبك الذي باعك فخذ منه ألفًا آخر.

وقال محمد: لا خصومة بينهما حتى يحضر الأول، فإذا حضر، رد البيع الأول [٢٩٠/ب] ثم أخذها بالثمن الأول من الأول، وردّ المشتري الأول على المشتري الثاني ما قبضه منه.

وإن أراد الشفيع أن يأخذها بالبيع الثاني، فله أن يأخذها من المشتري الثاني، وهو خصم في قولهم جميعًا، وكذلك رواها الحسن عن أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف[1]: إن الثاني لا يكون خصمًا إذا كان الأول غائبًا.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد وزفر: أن أخذ الدار بالبيع الأول يتضمن فسخ البيع بين المشتري الثاني والمشتري الأول، وذلك لا يجوز مع غيبة الأول؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز إلا بحضوره أو بحضور من قام مقامه، فلم يبق إلا نفاذ الحكم.

وليس كذلك إذا أراد أخذها بالبيع الثاني؛ لأن الأخذ لا يتضمن فسخ البيع الثاني، وإنما ينتقل الشيء إليه من ملك المشتري، فلذلك كان خصمًا فيه.

وجه قول أبي يوسف: أن حق الشفيع سابق لحق المشتري، فصار الشفيع كالمستحق، ولو أن رجلاً اشترى دارًا من غائب، فحضر رجل وأقام البينة أنها له، قضي على المشتري مع غيبة بائعه، كذلك هذا.

وإنما قال أبو يوسف: إن الشفيع يدفع إلى المشتري الثاني الألف؛ (لأنها حق لبائعه، وقد ثبت له على بائعه ألفان، فكان له أن يأخذ الألف قصاصًا، ويرجع المشتري الثاني)[2] على الأول بألف؛ لأن الملك يُستحق بسبب كان في يده، وسلامة الثمن موقوفة على سلامة المبيع.

قال: ولو كان المشتري لم يبعها، ولكنه وهبها أو تصدق بها على رجل، وقبضها الموهوب له، ثم حضر الشفيع، فإن ابن سماعة روى عن أبي يوسف: أن للشفيع أن يأخذها من يد الموهوب له والمتصدق عليه، ويدفع الثمن إلى

(١) في م هنا (وهو قوله).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

المشتري ، ولا يكون الثمن للموهوب له ، فإن كان المشتري غائبًا ، استوثق من الشفيع في الثمن حتىٰ يقدم المشتري ، فيدفع إليه.

وقال هشام عن محمد في هذه المسألة: يأخذ الشفيع الدار من الموهوب له ، ويأخذ الحاكم الثمن من الشفيع ، فيضعه علىٰ يدي عدل حتىٰ يقدم الواهب[1].

وكذلك كل تمليك يكون من المشتري في الدار فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار بالبيع الأول في قول أبي يوسف ، ولا يكون الذي في يده الدار خصمًا في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ وذلك لأن أخذ الدار من الموهوب له فسخ الهبة بينه وبين المشتري ، ولا يجوز فسخ الهبة في حق الغائب إلا بحضور من قام مقامه ، وأبو يوسف [يقول]: حق الشفيع سابق لحق الموهوب له ، فصار كحق المستحق.

فأما الثمن: فلا يجوز دفعه إلىٰ الموهوب له ؛ لأن الهبة انفسخت ، ولا حق للموهوب له علىٰ الواهب حتىٰ يأخذ الثمن به ، فعلىٰ رواية ابن سماعة: يستوثق القاضي من الشفيع بكفيل احتياطًا لحق الغائب ، وعلىٰ رواية هشام عن محمد [عن أبي يوسف]: أن القاضي يأخذ الثمن فيجعله علىٰ يدي عدل ، وهذا ليس باختلاف رواية ، وإنما هو بحسب ما يرىٰ من المصلحة [للغائب] ؛ لأن في كلا الوجهين فائدة ، ألا ترىٰ أنه إذا استوثق من الشفيع [بكفيل] فالثمن في ضمانه ، فإذا قبضه وجعله علىٰ يدي عدل ، فهو في ضمان الغائب ، والمصلحة في ذلك تختلف ، فكان للقاضي اختيار أصلح الأمرين.

وقد ذكر في المنتقىٰ نظير هذه المسائل ، قال: إذا اشترىٰ الرجل دارًا بألف

(١) في م (الغائب).

ثم باعها بألفين، فعلم الشفيع بالبيع الثاني، ولم يعلم بالأول، فخاصم فيها وأخذ شفعته بالبيع الثاني بحكم أو بغير حكم، ثم علم بالبيع الأول، فليس له أن ينقض أخذه، وقد بطلت شفعته في البيع الأول.

وكذلك لو باعها صاحبها بألف، ثم ناقضه المشتري وردها، ثم اشتراها الشفيع بألفين، وهو لا يعلم بيعه إياها، ثم علم به، لم يكن أن ينقض شراءه؛ وذلك لأن الدار على ملك الشفيع، وأخذها بالعقد الأول فسخ لملكه، فلا يجوز له ذلك إلا من عيب، كما ليس للمشتري أن يفسخ البيع إلا بحق متعلق بهذا [العقد][1] دون غيره؛ ولأن الأخذ بالشراء الثاني (يسقط الشفعة في البيع الأول لو كان عالمًا به، فكذلك إذا لم يعلم؛ لأن نقل الملك)[2] المسقط للشفعة يستوي فيه العلم والجهل، كما لو باع الشفيع ملكه الذي يشفع به.

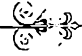
قال: وإذا اشتراها بألف، وتقابضا، ثم زاده في الثمن ألفًا أخرى من غير أن يناقضا [البيع]، ثم علم الشفيع بالألفين ولم يعلم بالألف، وأخذها الشفيع بالألفين بحكم أو بغير حكم، قال: إن كان أخذها بحكم أبطله القاضي، فله أن يأخذها بألف، وإن كان أخذها بغير حكم، لم ينقض؛ وذلك لأنه ليس هاهنا سبب تتعلق به الشفعة، إلا سبب واحد، فقد حكم الحاكم بما لا يجوز به؛ لأن الزيادة لا تثبت في حق الشفيع، فكان عليه أن ينقض حكمه.

وأما إذا أخذها الشفيع بغير حكم، فهذا كالشراء المبتدأ، فلا يجوز فسخه إلا بسبب في العقد يقتضي الفسخ، ولم يوجد.

---

(١) في أ (القدر) والمثبت من م.

(٢) ساقطة من م.

قال: ولو كان المشتري حين اشتراها بألف ناقضه البيع ، ثم اشتراها بألفين ، ثم علم الشفيع بالبيع الذي هو بألفين ، ولم يعلم بالبيع الذي كان بألف ، فأخذها بحكم أو بغير حكم ، لم يكن له أن ينقض أخذه ؛ لأنه اجتمع سببان ، كل واحد منهما يوجب الشفعة ، فالأخذ بأحدهما إسقاط للآخر .

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: قال الحسن بن زياد: إذا أخرج المشتري الدار من ملكه ، فإن جعلها مسجدًا ، أو مقبرة ودفن فيها ، أو صلّى في المسجد جماعة ، فليس فيها شفعة لأحد .

وهذه المسألة قد ذكرها في الأصل ، وقال: الشفعة فيها واجبة ، والوجه فيه: أن حق الشفيع سابق لحق المشتري ، وقد بنى [المسجد] مع تعلق حق الغير بالشفعة ، فصار كما لو بناها مسجدًا ثم استحقت ؛ ولأن تعلق حق الآدمي بالبقعة يمنع كونها مسجدًا ، كحق أحد الشريكين .

وجه قول أبي الحسن: أنه تصرف في ملكه تصرفًا لا يلحقه الفسخ مع ثبوت حق الغير ، فأسقط ذلك الحق كمن أعتق عبده المرهون ، وكمن اشترى عبدًا مأسورًا يثبت لمولاه أخذه [منه] ، ولو أعتقه المشتري سقط حق المولى ، كذلك هذا .

والجواب: أنّ هذا غير مسلم ؛ لأن من مذهب محمد أن المسجد يلحقه الفسخ إذا خرب ما حواليه ويستغنى عنه ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لو حكم حاكم بمذهب محمد ، ثبت[1] حكمه ، فإذن المسجد يلحقه الفسخ في قولهم جميعًا ؛ فلذلك فارق العتق ؛ ولأنهم قالوا: إن حق الغير يمنع حق الشريك

---

(١) في م (نفذ).

من العتق، ويمنع من بناء المسجد[1].

قال: ولو مات المشتري وأوصىٰ بالدار لرجل، فللشفيع أن ينقض الوصية ويأخذ الدار بالشفعة من الورثة، والعهدة عليهم؛ وذلك لأن حق الشفيع سابق لحق الموصىٰ له، فصار كالمستحق.

قال: ولو أن رجلاً شرع في داره[2] مسجدًا وأفرده منها، وجعل بابه إلىٰ الطريق، فبيعت [٢٩١/أ] دار إلىٰ جنب المسجد، لم يكن لمن جعل المسجد أن يأخذها بالشفعة لمجاورة المسجد في قولهم؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت لمالك[3] الشقص، والمسجد قد زال ملكه الثاني عنه، فلم يجز أن يأخذه بالشفعة ولا جوار له.

قال هشام: سألت محمدًا عن رجل أوصىٰ بغَلَّة داره أبدًا في المساكين، جعلها وقفًا، فبيعت دار إلىٰ جنبها، فجاء ورثة الميت يَدَّعون شفعتها بهذه الدار، فلا شفعة لهم؛ وذلك لأن الوقف المحكوم بصحته قد زال ملك [الواقف][4] عنه ولم يملكه أحد، فلا يجوز أن يستحق به الشفعة كالمسجد.

قال: وإذا اشترىٰ رجل من رجل نصف دار، ثم قاسم المشتري البائع، ثم حضر الشفيع، فالقسمة ماضية، ويأخذ النصف مقسومًا أو يدع، وسواء كانت القسمة بقضاء أو بغير قضاء، روىٰ ذلك عليّ بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي

---

(١) في م زيادة (ولا يمنع من العتق كما ملك للشريك من المسجد ولا يمنع وقوع العتق).

(٢) في م (سوىٰ من داره).

(٣) في م (للملك المشفوع).

(٤) في الأصل (الموقوف) والمثبت من م.

حنيفة ؛ وذلك لأن البائع إذا كان مالكًا لجميع الدار ، فقد كان يملك أن يقسم ثم يبيع النصف مقسومًا ، فلما باعه مشاعًا لا مقسومًا ، فقد ملك المشتري ما كان يملكه البائع من القسمة ، فصار ذلك من حقوق عقده.

والمشتري إذا تصرف تصرفًا أوجبه العقد ، لم يكن للشفيع فسخه ، كما لو قبض المبيع ، [وإن أراد][1] الشفيع أن يفسخ القبض ويرد الدار إلىٰ يد البائع ليأخذها منه ، لم يكن له ذلك.

وليس هذا كدار مشتركة بين شريكين باع أحدهما نصيبه وقاسم المشتري الذي لم يبع ، ثم حضر الشفيع ، فله أن يفسخ القسمة ؛ وذلك لأن البائع لم يكن مالكًا للقسمة ، ألا ترىٰ أنه كان لا يقدر عليها إلا بحكم أو رضىً ، فلما باع لم يوجب للمشتري ما يملك ، فصارت القسمة مما استفادها المشتري بحق الملك ، لا بحكم العقد ، وتصرف المشتري بحكم ملكه يثبت [للشفيع نقضه][2] ، كما لو باع أو وهب.

وقد ذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن النصف الذي أصاب المشتري وقع في جانب الدار المشفوع بها ، [وهذا التفصيل عائد إلىٰ المسألة الأولىٰ إذا كان مالكًا لجملة الدار].

وهذا صحيح ؛ لأنه إذا وقع في غير جنسه ، وهو لا يقدر علىٰ بعض القسمة ، فليس بجار ، فلا يستحق الشفعة. [والله أعلم][3].

---

(١) في أ (فأراد) والمثبت من م.

(٢) في أ (الشفيع بعضه) والمثبت من م.

(٣) انظر: الأصل ٩/٢٢٤ ، ٢٥٧.

بَابُ
الشفيع يطلبُ الشفعة في بعضِ ما وقعَ عليه العقدُ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قال أصحابنا [جميعًا] رحمة الله عليهم: إذا اشترىٰ الرجل دارًا بألف درهم صفقة واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض، أو أراد أن يأخذ ما يليه من الدار دون بقيتها، فليس له ذلك، وإنما له أن يأخذ الكل أو يدع؛ وذلك لأن الملك ينتقل إلىٰ الشفيع من المشتري، كما ينتقل من البائع إلىٰ المشتري، فإذا لم يملك المشتري تفريق الصفقة علىٰ البائع فيما ثبت حقه فيه، فكذلك الشفيع.

قال: وإذا اشترىٰ الرجل من الرجلين دارًا، وقبض أو لم يقبض، فأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين، فليس له ذلك.

وإن كان البائع واحدًا والمشتري اثنين، كان له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر، أيّ النصيبين شاء، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، قاله محمد في إملائه؛ وذلك لأن المشتري الواحد مَلَك الدار بقبول واحد، فلم يملك الشفيع أخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض، كما لو كان البائع واحدًا [والمشتري واحدًا؛ ولأنه إذا أخذ بعض الدار، فرق الصفقة علىٰ المشتري علىٰ وجه يضر بالشركة، وهذا لا يجوز، كما لو كان البائع واحدًا].

وأمّا إذا اشترىٰ اثنان من واحد، فلا ضرر علىٰ كل واحد منهما في أخذ نصيب الآخر؛ لأنه قد رضي بضرر الشركة، فلا فرق بين ضرر شركة الشفيع أو

المشترى؛ لأنه يأخذ منه جميع ما ملكه بالعقد، فلا يلحق به ضرر كما لو اشترى وحده.

وقد روي عنهم خلاف هذا: وهو أن الواحد إذا اشترى من اثنين، فإن [أخذ] الشفيع قبل القبض كان له أن يأخذ نصيب أحد البائعين، وإن أخذ بعد القبض، لم يكن له أن يأخذ نصيب أحدهما؛ لأنه إذا أخذ قبل القبض، انفسخ ملك المشتري، فصار الآخر ملك البائع، وقد أخذ جميع ما خرج من ملك البائع، فلم يكن فيه ضرر عليه، وليس كذلك بعد القبض؛ لأنه يأخذ من ملك المشتري فيتبعض عليه الملك، فلا يجوز.

وقالوا: إذا اشترى اثنان من واحد، فإن أخذ الشفيع قبل القبض، لم يكن له أن يأخذ إلا الجميع؛ لأن ملك المشتري ينفسخ، فإن أخذ البعض يفرق الصفقة على البائع، وهذا لا يجوز.

وإن أخذ بعد القبض، جاز أن يأخذ نصيب أحدهما؛ لأنه يأخذ من ملك المشتري فلم يتبعض الملك عليه.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وسواء سمّى لكل نصف ثمنًا معلومًا أو كان الثمن جملة بعد أن يكون البيع في صفقةٍ [واحدة]؛ وذلك لأن الحكم يتعلق بتفريق الصفقة، فلا فرق بين ذكر الثمن جملة أو جملتين.

قال: وكذلك إن كان الشراء بوكالة، فوكَّل رجل رجلين بشراء دار ولها شفيع، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن كان الموكل رجلين والوكيل [رجلاً] واحدًا لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين.

قال ابن سماعة عن محمد: إنما أنظر إلىٰ المشتري [ولا أنظر إلىٰ المشترىٰ] له.

قال محمد: وكذلك لو [اشترىٰ] رجل لعشرة، فليس له أن يأخذ شيئًا دون شيء.

ولو اشترىٰ عشرة لرجل، كان للشفيع أن يأخذ من واحد ويدع الآخرين، أو يأخذ من اثنين أو ثلاثة ويدع البقية.

وكذلك روىٰ هشام عن محمد في نوادره؛ وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المعقود له، فإذا كان الوكيل واحدًا، لم يجز تفريق الصفقة عليه، كما لو اشترىٰ لنفسه، وإن كانوا جماعة والموكل واحدًا فحقوق العقد تتعلق بهم دونه، فكأنهم اشتروا لأنفسهم.

وإذا اشترىٰ الرجل دارين صفقة واحدة، فجاء الشفيع لهما جميعًا، فأراد أن يأخذ إحداهما دون الأخرىٰ، فليس له ذلك[1].

وقال الحسن عن زفر: هو بالخيار: إن شاء أخذ إحداهما أو [كلتيهما][2].

وجه قولهم: أن المشتري مَلَكَ الدار صفقة واحدةً، وتعلق حق الشفيع بهما، فلم يملك أن يُفرد بالآخر بعض ما تعلق به حقه دون بعض كالدار الواحدة.

وقد ذكر أبو الحسن عن محمد: ما يدل علىٰ أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين أو المتفرقتين.

---

(١) انظر: الأصل ٢٨١/٩، ٢٨٢.

(٢) في أ (هما) والمثبت من م.




وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف: أنهما إذا كانتا في مصر واحد أو مصرين فهما سواء.

وجه قول زفر: أن [أخذ] إحدىٰ الدارين لا يؤدي إلىٰ إضرار بالمشتري بالشركة، فصار كما لو كان شفيع إحداهما.

قال: وإن كان الشفيع شفيعًا لإحداهما دون الأخرىٰ، ووقع البيع عليهما صفقة واحدة، فإن ابن أبي مالك روىٰ عن أبي حنيفة: أنه ليس له إلا أن يأخذ التي تجاورها بالحصّة، وكذلك روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف.

وروىٰ هشام عن محمد: في رجل اشترىٰ دارين متلاصقتين وله جار [٢٩١/ب] يلي إحداهما، قال: فإنه يأخذ التي تليه بالشفعة، ولا شفعة له في الأخرىٰ؛ وذلك لأن حق الشفعة تعلق بإحدىٰ الدارين دون الأخرىٰ، والصفقة إذا اجتمعت بين ما يتعلق به الشفعة وما لا يتعلق به الشفعة أخذ ما تعلق به الشفعة بالحصّة، كما لو اشترىٰ دارًا وسيفًا صفقة واحدة.

قال هشام: قلت لمحمد: ما تقول في عشرة أقرحة[1] متلاصقة لرجل، تلي واحدة منها أرض إنسان، فبيعت العشرة الأقرحة، قال: للشفيع أن يأخذ القراح التي تليه، وليس [له] في بقيتها شفعة.

قلت له: لِمَ؟ قال: لأن كل قراح علىٰ حدة، قلت: ليس بينهما طريق ولا نهر، إنما هي مُدَوّر أو مسناة[2]، قال: لا شفعة له إلا فيما يليه؛ وذلك لأن الأقرحة المتميّزة بالمرور كالدور المتجاورة، فلا يثبت للشفيع إلا فيما يجاوره خاصة.

(١) «مفردها القَراح ـ بالفتح ـ: المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر». مختار الصحاح (قرح).
(٢) «المسناة: ما يبنىٰ للسيل ليردّ الماء». المغرب (سنو).

قال هشام: قلت لمحمد في قرية خالصةٍ لرجل باعها، والقرية عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكرم، قال محمد: لا، ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خاصة.

قلت لمحمد: إن باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وأرضها، وكل واحد منها يلي إنسان؟ قال محمد: للشفيع أن يأخذ القَراح الذي يليه.

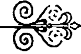
قلت: فلكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه؟ فأوشك أن يأخذوا حواشي القرية، وذلك أردأ أرضها، ويبقى وسط القرية للمشتري، فلم ينكر ذلك محمد، ورأيته به يقول.

قال الشيخ رضي الله عنه: قد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة فصول: أحدها: أن القرية اسم للبيوت دون الأقرحة [أو البيوت والأقرحة]، والمرجع في هذا إلى العادة دون غيرها.

والثاني: وجوب الشفعة للمتجاورين في الأقرحة التي تليهم خاصة، وهذا صحيح على ما بيّنا أن الأقرحة المعتبرة كالدور المختلفة، والمجاورة لبعضها لا تكون مجاورة لنفسها.

والفصل الثالث: أن الشفعاء يأخذون حواشي القرية، وهي أردؤها، ويبقى للمشتري وسط القرية، وهي أجودها، وهذا غير ممتنع؛ لأن الشفيع يأخذ باختياره، فكان له أن يلتزم الضرر أو لا يلتزم.

وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: في رجل اشترى قريةً بأرضها وأَرَضُوها أقرحة متفرقة، ولإحدى الأقرحة جار، قال: يأخذ القرية كلها بالشفعة،




وليس له أن يأخذ القَراح ويدع ما سواه.

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أن أبا حنيفة كان يقول فيه: إنه ليس له أن يأخذ إلا القراح التي هي ملازقة [له]؛ لأن هذه الأقرحة مختلفة.

قال: والذي يجيء على قياسه: أن هذه الأقرحة إذا كانت من ضيعة واحدة، أو قرية واحدة، فهي كقَراح واحد ودار واحدة، وهذا يدل على أن قول أبي حنيفة مثل قول محمد أوّلاً، ثم رجع وقال: يأخذ الجميع؛ لأنه يستضر بتفريقه، فصار كالدار الواحدة. [والله تعالى أعلم].



بَابُ
الرجل يشتري الدارَ فيهدم بناءها أو يهدمُه المشتري ثم يجيء الشفيعُ



قال بشر بن الوليد وعليّ بن الجعد: سمعت أبا يوسف يقول: في رجل اشترىٰ دارًا فهدم بناءها [أو باعه]، ثم جاء شفيعها، فإنه يقسم الثمن علىٰ قيمة البناء مبنيًا وعلىٰ قيمة الأرض، [فما أصاب الأرض] يأخذها الشفيع بذلك، هكذا قال أبو حنيفة، وكذلك لو نزع باب الدار وباعه.

ولو احترق البناء حتىٰ ذهب أو غرق من غير فعله، فلم يبق منه شيء، فإن أبا حنيفة [قال] في ذلك: يأخذ الشفيع بجميع الثمن أو يترك.

فإن انهدم البناء فصارَ علىٰ وجه الأرض مهدومًا، فإن الثمن يقسم علىٰ قيمة البناء مهدومًا وعلىٰ قيمة الأرض، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها، ولا سبيل له علىٰ البناء إذا زايل الأرض.

أما وجوب الشفعة في البناء المتصل؛ فلأنه في حكم جزء من العَرْصَة[1]، بدلالة دخوله في العقد من غير شرط[2]، وأما إذا هدم فلا شفعة فيه عندنا.

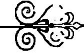
ومن أصحاب الشافعي من قال: إن الشفيع يأخذه مع الدار[3].

---

(١) «عَرْصَةُ الدار: ساحتها: وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع: عِرَاصٌ». المصباح (عرص).

(٢) في م (تسمية).

(٣) انظر: مختصر المزني ص١٢٠؛ المهذب ٣/٤٤٦، ٤٤٧.




وهذا فاسد؛ لأنه منفصل عمّا تعلقت به الشفعة، فلم يكن للشفيع أخذه كالثمن.

وأمّا إذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه، ولم يهلك[1] ، فإن الشفيع يأخذ الدار بحصتها.

وإن احترق بغير فعل أحد، أخذها الشفيع بجميع الثمن، وللشافعي فيه قولان: أحدهما: أنه يأخذها بجميع الثمن في الجميع، والآخر: أنه يأخذها بالحصة في الجميع.

أمّا إذا احترق البناء؛ فلأن حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البائع، ومعلوم أن البناء إذا احترق في يد البائع، كان المشتري بالخيار: إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، فكذلك [الشفيع] هاهنا؛ ولأنه نقص داخل في المبيع بغير فعل الآدمي، فصار كما لو وهى[2] البناء، أو تداعى[3] الحائط وسقط.

وأما إذا هدمه المشتري، فالأتباع لا حصة لها بالعقد، ولها حصة بالقبض؛ ولهذا لو هدمَ البائعُ البناءَ سقطت عن المشتري حصته [وكذلك إذا هدمه أجنبي؛ لأن العوض لما سلم للمشتري]، فكأنه باعه.

وكذلك لو انهدم بنفسه ولم يهلك؛ لأن الشفعة سقطت عنه وهي عين قائمة، فلا يجوز أن يسلم للمشتري بغير شيء، إلا أنه قال في المشتري إذا هدمه

---

(١) في م (يملك).

(٢) يقال «وهى الحائط: إذا ضعف وهَمَّ بالسقوط» مختار الصحاح (وهي).

(٣) في م (كسقوط الحائط).




أو هدمه أجنبي: أن الثمن ينقسم علىٰ قيمته قائمًا ؛ لأنه دخل في ضمان المشتري بالإتلاف وهو علىٰ هذه الصفة.

وأما إذا انهدم بنفسه، فلم يدخل في ضمان أحدهما، فاعتبرت قيمته علىٰ حاله مهدومًا.

وقد ادعىٰ الشافعي علىٰ أبي حنيفة في هذه المسألة مناقضة، فقال: قال بعض الناس: إذا هدم المشتري البناء سقطت حصته، وإن احترق لم تسقط، ثم ناقض فقال: إذا غلب الماء علىٰ بعض الأرض أخذ المشتري الباقي بحصته[1].

وهذا غلط ؛ لأن الأرض ليس بعضها تبعًا لبعض، فإذا لم يسلم للشفيع، سقطت حصتها بكل حال، والبناء تبع للأرض، فإذا سلم للمشتري سقطت حصته، وإن لم يسلم له لم تسقط.

قال أبو الحسن: ولو أن المشتري الأول باع بناء الأرض بغير أرض، ولم يهدمه حتىٰ طلب الشفيع الشفعة، فإن الشفيع أحق بالأرض والبناء بالثمن الأول.

وينتقض بيع مشتري البناء ؛ وذلك لأنه ما دام متصلاً، فحق الشفيع متعلق به، فكان له إبطال تصرف المشتري.

قال: وكذلك النبات والنخل في الأرض، والثمر في النخل، وكل شيء من هذا لم يزايل الأرض، فالشفيع أولىٰ به بالثمن الأول.

وما زايل من ذلك عن الأرض، فإن الثمن يقسم علىٰ قيمته مهدومًا، وعلىٰ قيمة الأرض، فإن كان زايل الأرض بفعل المشتري أو بفعل مشتريه منه، قسم

---

(١) انظر: مختصر المزني ص١٢٠.




الثمن على قيمته صحيحًا قبل أن يُزايل، وعلى قيمة الأرض، وإن سقط ذلك من غير فعل أحد، فعلى الشفيع قيمته ساقطًا من الأرض، ما خلا خصلة واحدة: الثمرة إن كانت أثمرت في يد المشتري، فصرمَ الثمر، فباعه، فإن الشفيع يأخذ بجميع الثمن، ولا [يرجع][(١)] له بحصة الثمن؛ لأنه لم يكن في أصل البيع.

وإن كان الثمر في أصل البيع، فهو كما وصفنا في البناء في النخل، إلّا أن الثمرة إذا كانت موجودة حال العقد، فيفارق البناء من وجه، [وهي أنها] إذا ذهبت بآفة من السماء، وسقطت عن المشتري حصتها؛ لأنها [نفسها] في بقيتها غير تابعة، ألا ترى أنها لا تدخل فيه إلا بتسمية، وليس كذلك البناء؛ لأنه تبع، ألا ترى أنه يدخل في البيع بغير تسمية، فإذا هلك لم يسقط في مقابلته شيء، وكذلك قال في الأصل من الكتاب، وقد بيّنا حكم البناء المنفصل، فالثمرة إذا انفصلت مثله.

فأمّا الثمرة الجارية في يد المشتري، فلا حصة لها؛ لأنه لم يقع عليها العقد، ولا وقع عليها التسليم الموجب بالعقد.

قال: وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الأجنبي إذا هدم البناء، فلم يقدر عليه، أخذ الشفيع ذلك بجميع الثمن إن شاء، [وإن شاء] ترك، فإن قدر على الأجنبي فأخذ منه قيمة البناء سقط عن الشفيع حصة البناء من الثمن، وكذلك ما خرج منه يسقط بحساب ما خرج؛ وذلك لأن الأجنبي لم يقدر عليه، فلم يسلم للمشتري البناء ولا عوضه، فصار كأنه تلف بآفة من السماء، فإذا خرج منه شيء فمقدار ما خرج منه قد سلم له، فسقط عن الشفيع حصته. [والله أعلم][(٢)].

---

(١) في أ (ولا يدفع).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٢٤٢، ٢٤٣.

بَابُ
الرجل يشتري الأرضَ والنخل وفيه ثمرٌ أو يُثمر بعد البيع ثم يجيء الشفيعُ والأرض والثمرةُ قائمةٌ أو مستهلكةٌ



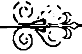
قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ الرجل أرضًا فيها نخل، وشجر فيه ثمر، واشترط ثمرته في البيع، ثم جاء الشفيع والثمرة [قائمة] في النخل والشجر، فله أن يأخذ ذلك أجمع.

قال الشيخ رضي الله عنه: وقد كان القياس عندهم: أن لا تجب الشفعة في الثمر، وهو قول الشافعي[1]؛ وذلك لأنها لا تدخل في البيع إلا بتسمية، فصارت كمتاع موضوع، وإنما استحسنوا فقالوا: فيها الشفعة؛ لأنها متصلة بما تعلقت به الشفعة، فصارت كالبناء، وليس يمتنع أن يدخل في البيع بالشرط، ويتعلق به الشفعة كالشِّرب الخارج، والطريق الخارج.

قال: وإن جاء وقد جزره[2] البائع أو المشتري، أو رجل أجنبي، فلا شفعة في الثمرة، ويأخذ الشفيع الأرض والنخل والشجر بما يخصها من الثمن، ويسقط عنه ما يخص الثمرة، ويقسم الثمن علىٰ قيمة الأرض والنخل والشجر والثمر [من] يوم العقد في ذلك كله، فما أصاب الثمر سقطت حصته عن الشفيع، وقيل

(١) انظر: المهذب ٣/٤٤٧.

(٢) هكذا (جزره) في النسخ، (والجزر) وإن كان يستعمل بمعنىٰ القطع، إلا أن (الجزّ) تخص بمعنىٰ حصاد قطع الثمار وجزّ التمر، وكان الأولىٰ (جزّه). انظر: المغرب؛ المصباح؛ معجم الوجيز (جزّ)، (جزر).

له: خذ الأرض والنخل والشجر بحصتها إن شئت؛ وذلك لأن القياس يمنع من تعلق حق الشفيع بها، وإنما استحسنا؛ لاتصالها بما تعلقت به الشفعة، فإذا انفصلت بقيت على أصل القياس.

وإنما سقطت حصتها؛ لأن العقد وقع عليها، فلذلك اعتبرت قيمتها [في] يوم القعد.

فإن أخذها الشفيع وبقيت الثمرة في يد البائع، فإن محمداً قال: تلزم الثمرة المشتري، ولا خيار له في ردِّها؛ وذلك لأن البائع لم يغره، ألا ترى أن المشتري قد علم أن الشفعة واجبة، فدخل في العقد على هذا، فلم يثبت له بالتبعيض خيار.

[قال]: ولو كان البائع استهلك الثمرة، أخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتها، والمشتري في هذا [الوجه] بالخيار: إن شاء أخذ الأرض والنخل بحصتها، وإن شاء تركه، وإن شاء ترك لتَبْعِيض الصفقة وبطلان البيع في بعضها.

وهذا إنما يريد به: إذا لم يأخذهما الشفيع كان للمشتري الخيار لتبعيض الصفقة عليه بفعله.

وليس هذا كالأخذ بالشفعة؛ لأن التبعيض يثبت من طريق الحكم، وعلى هذا لو استحقت الأرض والنخل دون الثمر كان المشتري بالخيار، وهذا إنما يتصور في الموصى له بالثمر إذا باع النخل والثمر والأرض، وثبت للمشتري الخيار؛ لأن البائع غره بالعقد.

قال: ولو كانت الثمرة قائمة، فقبضها المشتري وأكلها، أو باعها، أو تلفت

في يده على وجه من الوجوه، فأراد الشفيع الأخذ بالشفعة، سقط عن الشفيع في هذه الوجه حصة الثمرة؛ لأن العقد وقع عليها، فإذا لم تسلم للشفيع سقطت حصتها.

قال: ولو كان البيع وقع ولا ثمرة في النخل، ثم أثمر في يد البائع بعد البيع وقبل القبض، ثم جاء الشفيع، فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمرة، وليس له أن يأخذ بعضها دون بعض، ويكون عليه جميع الثمن؛ وذلك لأن الثمرة زيادة في المبيع، والزيادة التابعة للمبيع يتعلق بها حق الشفيع كما يتعلق بها حق المشتري.

فإن جزره[1] البائع، أو المشتري، أو رجل أجنبي، وهو قائم في يد البائع، أو المشتري، أخذ الشفيع أيضًا الأرض والنخل بجميع[2] الثمن إن شاء أن يأخذها بالشفعة.

فإن كانت الثمرة ذهبت بغير فعل أحد، احترقت فسقطت، أو أصابتها آفة من السماء فهلكت، فلم يبق منها شيء له قيمة، أخذها الشفيع إن شاء بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ وذلك لأن العقد لم يقع عليها، وإنما هي نماء من المعقود عليه، فإذا هلكت فكأنها لم تكن.

قال: ولو كان البائع أو المشتري صرمَ الثمر، ثم هلك بعد ذلك بغير فعل أحد، أصابه سَيْل ذهب به، أو نار فاحترق، فإن أبا يوسف قال: ذلك سواء؛ لأن ذلك قد صار للمشتري ولا شفعة فيه، ولا أبالي هلك بفعل المشتري أو بغير فعله؛ لأن الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع عنها، فكأنها كانت في الأصل منفصلة.

---

(١) في م (أحرزه).

(٢) في م (بحصته).

ولو اشترى أرضًا[1] وثمرة منفصلة، أخذ الشفيع الأرض بحصتها سلمت الثمرة للمشتري أو لم تسلم.

قال: ولو كان [المشتري] قبض الأرض والنخل ولا ثمر فيها، ثم أثمر في يد المشتري، ثم جاء الشفيع والثمر معلق في النخل، فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمر بالثمن الأول الذي وقع عليه البيع، لا يزاد عليه شيء؛ لأن الثمر نماء من المبيع، فلا يثبت لأجله زيادة في الثمن، كزيادة القيمة.

فإن كان المشتري لما حدثت الثمرة في يده جزره، ثم جاء الشفيع وهو قائم، أو قد استهلكه المشتري ببيع، أو أكل، فإن الشفيع يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن إن شاء، ولا سبيل له على الثمرة؛ وذلك لأن الثمرة لم يقع عليها العقد، ولا التسليم الموجب بالعقد، وإنما كان الشفيع يأخذه لتعلقه بالنخل، فإذا انفصل سقط حقه عنه، ولم يسقط بإزائه شيء من الثمن؛ لأنه لا حصة له.

وليس هذا كالثمر الحادث في يد البائع؛ لأنه حدث قبل إتمام البيع، فدخل فيه، كما لو حدث قبل القبول.

وفي مسألتنا: حدثت الثمرة بعد تمام البيع، فلم يدخل فيه، ولم يكن لها حصة.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف يقول: في رجل اشترى من رجل أرضًا ونخلاً ولا ثمرة فيه، فأخذه المشتري فأثمر في يده عنده، فأكله [٢٩٢/أ]، (ثم أثمر فأكله)[2]، فجاء الشفيع، فإنه يأخذه بجميع الثمن.

---

(١) في م (أرضًا ونخلاً فيه ثمرة غير متصلة).

(٢) ساقطة من م.

قال ابن سماعة: قال أبو يوسف هذا القول في شهر ربيع الأول من سنة ثلاث وسبعين ومائة، وهو آخر ما سمعته منه، وقد كان يقول: أقسم الثمن على الثمر وعلى قيمة النخل والأرض، فما أصاب الغلة وهي الثمرة، أسقطته من الثمن، ثم رجع فقال: يأخذها بجميع الثمن إن شاء، أو يدع.

وجه قوله الأول: أن حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع البائع، ولو حدثت هذه الزيادة[1] في يد البائع فأكلها، سقطت حصتها من المشتري، كذلك إذا حدثت في يد المشتري، فأكلها. [والله أعلم][2].



(١) في م (الثمرة).

(٢) انظر: الأصل ٩/٢٥٠ وما بعدها.




بَابُ
الأرض تشترى وفيها زرعٌ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ الرجل أرضًا فيها زرع يزرعها، فإنه جائز، وللشفيع أن يأخذها بزرعها بالشفعة، ولو لم يعلم الشفيع بالبيع حتىٰ استحصد الزرع، كان له أن يأخذه بالشفعة وهو مستحصد.

فإن حصد المشتري الزرع، ثم جاء الشفيع، فإني أقسم الثمن علىٰ قيمة [الأرض وعلىٰ قيمة] الزرع وهو بقل يوم وقع عليه العقد، فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها من الثمن، ولا أقسم الثمن علىٰ قيمة الزرع وهو مستحصد، هذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: أقوّم الأرض وفيها الزرع، وأقوّمها وليس فيها [ذلك] الزرع، فما كان [بين][1] ذلك فهو قيمة الزرع، ولا أقوّم الزرع وهو بقل محصود.

فأمّا وجوب الشفعة في الزرع، فهو استحسان؛ لاتصاله بالمبيع، كما بيّناه في الثمر.

وقد كان القياس: أن لا يجب فيها شفعة؛ لأنه لا [يدخل في البيع إلا بتسمية][2] كالمتاع الموضوع.

---

(١) في أ (من) والمثبت من م.

(٢) في الأصل (يدخل في البيع إلا بشرط) والمثبت من م.

وأمّا إذا انفصل، فلا شفعة فيه؛ لأنها تجب فيه لاتصالها بالمبيع، فإذا انفصل سقط عنه الشفعة.

وأما القسمة، فوجه قول أبي يوسف: أن الزرع داخل في العقد وهو بقل، فالمعتبر بقيمته يوم دخل في العقد، فيقسم الثمن علىٰ ذلك، ولا تعتبر زيادته بعدَ العقد، كما لا يعتبر بزيادة قيمة الأرض.

وجه قول محمد: أن اعتبار قيمة الزرع بقلاً محصوداً إضرار بالشفيع؛ لأنه لا قيمة له علىٰ هذا الوجه، فوجب أن تقوّم الأرض مزروعةً وغير مزروعة، فحصّة الزرع ما بين القيمتين؛ لأن الزرع دخل في العقد علىٰ هذه الصفة.

قال محمد: وكذلك الثمر في النخل، أقوّم النخل وفيه الثمر، وأقومه وليست فيه ثمرة، ولا أقوم الثمرة مجذوذة، وهذا علىٰ ما بيّنا.

قال: ولو أن رجلاً اشترىٰ أرضًا وفيها زرع، لم يُطلع الزرع، ثم أطلع الزرع، فحصده المشتري، ثم حضر الشفيع، فإني أقوّم الأرض مبذورة، وأقوّمها غير مبذورة، فيأخذها بما أصاب قيمتها من الثمن غير مبذورة.

وهذا صحيحٌ علىٰ أصله؛ لأن البذر إذا [قوّم][1] في الأرض نقصت قيمته، فوجب أن تعتبر قيمة الأرض مبذورة وغير مبذورة.

وأما علىٰ قول[2] أبي يوسف: فيقسم الثمن علىٰ قيمة الأرض وعلىٰ قيمة البذر في الأرض، كما قال في الزرع.

---

(١) في أ (فوق) والمثبت من م.
(٢) في م (أصل).




بَابُ
اختلافِ الشفيعِ والمشتَرِي في الثمن



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ [الرجل] دارًا [وقبضها أو] نقد الثمن، ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن، فقال المشتري: اشتريتها بألفين، وقال الشفيع: بألف، فالقول: قول المشتري في الثمن مع يمينه[1]، وعلىٰ الشفيع البينة؛ وذلك لأن الشفيع يدّعي استحقاق ملك المشتري بما يذكره من الثمن، فالقول: قول المشتري في الاستحقاق، كالبائع والمشتري إذا اختلفا.

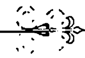
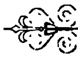
فإن أقام الشفيع بيّنة، قُضِيَ ببيّنته؛ لأنها بيّنة قابلتها الدعوىٰ، فالبينة أولىٰ من الدعوىٰ، وأما إذا أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البيّنة بينة المشتري.

وجه قولهما: أن الشفيع يقيم البينة [علىٰ ما لا يتمكن المشتري من دفعه، والمشتري يقيم البينة] علىٰ ما يقدر الشفيع علىٰ إسقاطه عن نفسه، ألا ترىٰ: أنه إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فكان قبول البينة التي يعلق بها اللزوم أولىٰ، ولا يلزم إذا اختلف الوكيل والموكل في الثمن؛ لأن بيّنة كل واحد منها تلزم الآخر معنىً لا يمكنه الخروج منه، فكان المثبت للزيادة أولىٰ.

ولأنهما اتفقا علىٰ انتقال الملك إلىٰ المشتري بالثمن، والثمن يثبت بقول المشتري، فقد اجتمعت البيّنتان في قول إحداهما له، والأخرىٰ عليه، [فكانت]

---

(١) وفي م زيادة (في قول أصحابنا جميعًا).

التي عليه أولىٰ.

ولا يلزم الوكيل والموكل؛ لأن ابن سماعة روىٰ عن محمد: أن بينة الموكل أولىٰ؛ لأن البيّنتين تعارضتا في قول الوكيل، فالتي عليه أولىٰ، فإذًا لا فرق بين المسألتين.

وأما علىٰ الرواية المشهورة: فالبينة بينة الوكيل؛ لأن الشيء ينتقل إليه، ومن جهته ينتقل إلىٰ الموكل، فصار كالبائع والمشتري إذا اختلفا وأقاما البينة.

والاحتراز علىٰ هذه الرواية: أن الملك انتقل إلىٰ الموكل كما انتقل إلىٰ المشتري، وفي مسألة الشفعة لم ينتقل الملك إلىٰ الشفيع.

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري تثبت الزيادة، فالرجوع إليها أولىٰ، كبينة البائع، فإن اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن، والدار في يد البائع أو في يد المشتري، ولم ينقد الثمن، فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه إن كان أكثر مما قالا جميعًا أو أقل؛ وذلك لأن البائع إذا ادّعىٰ أنه باع بألفين والمشتري والشفيع قالا: بألف، لم يجز استحقاق ملك البائع إلا بقوله، ويتحالفان ويترادان.

وقد دل علىٰ ذلك قوله ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما يقوله البائع**»(١).

---

(١) أورده السرخسي بهذا اللفظ في المبسوط ١٤/٩٩، وفي موضع آخر بزيادة (أو يترادان) ٢٠/٨١؛ وبلفظ (إذا اختلف البيعان في البيع والسلعة قائمة كما هي بعينها لم يستهلك، فالقول ما قال البائع، أو يترادان البيع) أخرجه الطبراني في الأوسط ٤/١٠٥، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن موسىٰ بن عقبة إلا إسماعيل بن عياش». =




وأمّا إذا قال البائع: بعتها بألف، وقال المشتري: بألفين، فالقول ما قاله البائع؛ لأن الأمر إن كان على ما قاله البائع، فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قاله المشتري، فقد حط البائع بعض الثمن، وحطه يثبت في حق الشفيع، وأما إذا قبض البائع الثمن لم يلتفت إلى قوله، وكان القول قول المشتري؛ لأنه قد استوفى حكم العقد، فصار كالأجنبي، فلا يلتفت إلى قوله.

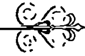
وقد قالوا في البائع إذا قال: بعت الدار بألف وقبضت الثمن، وقال المشتري: بألفين، فإن الشفيع، يأخذها بألف؛ لأن البائع لما بدأ بذكر الثمن تعلقت الشفعة به، فإذا قال بعد ذلك: قبضت الثمن، فهو يريد أن يسقط الحق الذي ثبت للشفيع، فلا يقبل قوله.

ولو كان قال: قد قبضت الثمن وهو ألف، لم يلتفت إلى قوله؛ لأنه لما ابتدأ فاعترف بالقبض، لم يبق له حق في العقد، فلم يقبل قوله بعد ذلك، كالأجنبي.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن البائع إذا أقر بقبض الثمن والمبيع في يده، وزعم أنه ألف، وقال المشتري ألفان، فالقول ما قال البائع، ويأخذها الشفيع من يده بألف، ويقال للمشتري اتّبع البائع وخاصمه في الألف الأخرى.

وهذا صحيح؛ لأن البائع إنما يسقط قوله بقبض الثمن؛ لأنه لم يبق له حق في المبيع، فصار كالأجنبي، وإذا كان [المبيع] في يده فهو الخصم، فالشفعة مأخوذة من ملكه، فلذلك رجع إلى قوله.

= وعن ابن مسعود قال: قال النبي ﷺ: (إذا اختلف البيّعان وليس بينهما بيّنة، فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان). «أخرجه أحمد في المسند، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه وزاد فيه (والبيع قائم بنفسه)»، كما ذكر الشوكاني في نيل الأوطار ٩/٢٢١.

قال: وإذا حَطَّ البائع بعض [٢٩٢/ب] الثمن [بالعقد]، أو وهبه، أو أبرأه منه [أخذ الشفيع بما بقي من الثمن، ولو حطّ جميع الثمن أو وهبه]، أخذ الشفيع ذلك بجميع الثمن؛ وذلك لأن حط بعض الثمن يلحق العقد، ويصير كالموجود في حالة العقد، فيثبت في حق الشفيع.

وأما حَطُّ جميع الثمن، فلا يلحق بالعقد استحسانًا، فلا يثبت في حق الشفيع، وقد بيّنا هذه المسألة في البيوع.

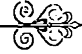
وليس هذا كالزيادة في الثمن، أنها تلحق بالعقد، ولا يستحق في حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع يثبت في العقد الأول بالثمن الأول فيه، فإذا زاد في الثمن ثبت حق الشفيع في الثمنين، وكان له أن يأخذها بأيهما شاء.

قال: فإن هدم المشتري بناء الدار ثم حضر الشفيع، فاختلفا في قيمة البناء، فقال المشتري: كانت قيمته ألفًا، وقال الشفيع: كانت قيمته ألفين، واتفقا أن قيمة الساحة ألف، فالقول قول المشتري مع يمينه، وأخذ الشفيع الساحة بنصف الثمن، وإن شاء ترك ذلك؛ وذلك لأن الشفعة تعلقت بجملة[1] الثمن، وإنما وقع الاختلاف في قدر ما يسقط من الجملة، فالقول قول المشتري فيما يسقط منها؛ ولأنه اختلاف فيما يلزم الشفيع، فالقول فيه قول المشتري.

[قال]: وإن اختلفا في قيمة البناء والساحة، فإن الساحة تقوّم الساعة، ولا يلتفت إلىٰ قول واحد منهما.

وأمّا البناء، فالقول فيه قول المشتري؛ وذلك لأن الساحة يُمكن الرجوع

(١) في م (بجميع).

إلىٰ قيمتها، والظاهر أنها علىٰ حالها في يوم العقد لم يتغيّر، فكان علىٰ القاضي أن ينظر في قيمتها في الحال.

وأما البناء، فقد تغيّر بالهدم عن حاله في وقت العقد؛ فلذلك لم يرجع إلىٰ قيمته.

قال: فإن أقاما بينة، قال أبو يوسف: البينة بينة الشفيع علىٰ قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد: ـ قياس قول أبي حنيفة ـ إن البينة بينة المشتري عندي.

وقال أبو يوسف عن نفسه: البينة بينة المشتري.

وأمّا القياس الذي ذكره أبو يوسف: فإن الاختلاف وقع فيما يلزم الشفيع من الثمن، فالبينة بينته فيه، أصله: إذا اختلفا في أصل الثمن.

وأما قياس [قول] محمد: [فلأن][1] أبا حنيفة جعل بينة الشفيع أولىٰ؛ لأنه تعارضت البيّنتان في قول المشتري، فالتي عليه أولىٰ من التي له.

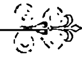
وهذا المعنىٰ لا يوجد في قيمة البناء؛ لأنه لم يوجد من واحد منهما اعتراف فيه، فكانت البينة الزائدة أولىٰ.

وجه قول أبي يوسف: أنه اختلاف فيما يلزم الشفيع، فالبينة بينة المشتري، كالاختلاف في نفس الثمن.

قال محمد: ولو اشترىٰ دارًا بعَرَضٍ، ولم يتقابضا، ولم يحضر الشفيع حتىٰ

---

(١) في أ (فإن) والمثبت من م.

هلك العَرَض الذي هو الثمن، فقد انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري، وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يدفع العرض، فهلك العرض في يد المشتري، فقد انتقض البيع، ويقضي القاضي على المشتري برد الدار على البائع؛ وذلك لأن العرض تعين بالعقد، وهلاك ما تعيّن بالعقد يُوجبُ بطلان العقد، وللشفيع الشفعة؛ لأن البيع انفسخ بعد انعقاده، فلا تسقط الشفعة، كما لو رد المشتري المبيع بعيب بقضاء قاضٍ.

وإن اختلفا في قيمة العرض، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأنه لا يجوز أن يستحق ملكه إلا برضاه، فإن أقام أحدهما البينة، فالبينة بينته؛ (لأنها بينة قابلتها الدعوى.

فإن أقاما البينة، فالبينة بينة البائع، وهذا على اختلاف القياس عند أبي يوسف: أن قياس قول أبي حنيفة أن البينة بينة الشفيع؛ لأنه اختلاف فيما يلزمه من الثمن، فالبينة بينته)[1] كأصل الثمن.

وعلى قول محمد: إنما جعلت بينة الشفيع[2] أولى؛ لأنها تعارضت البينتان في قول المشتري، ولم يوجد من المشتري قول في قيمة العرض، فبقي أن تكون البينة على الزيادة أولى[3].



(١) سقطت من الأصل.

(٢) في م (البينة بينته الشفيع).

(٣) انظر: الأصل ٩/٢٣٩ وما بعدها.




بَابُ
الشفعةُ للصَّغير



قال أبو الحسن رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا بيعت دار وبجنبها دار لِصَبِيٍّ فشفعتها له، وهو صبي في حجر أبيه، أو وصي أبيه، أو جده، أو وصي جده أبي أبيه، أو من ولاه[1] عليه إمامٌ أو حاكم، فلكل واحد من هؤلاء في حال ولايته أن يطالب بشفعة الصغير، ويأخذ [له] الدار بالشفعة، ويسلم ثمنها من مال الصغير.

أما ثبوت الشفعة للصغير؛ فلأنه حق يتعلق بعقد البيع، كالرد بالعيب؛ ولأن ذلك يثبت لإزالة الضرر، ودفع الضرر عن الصغير واجب كالكبير.

وأما الذي يملك الأخذ فَوَلِيُّهُ الذي يجوز له التصرفُ في ماله؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك بِعِوَضٍ، فهو كالشراء، فمن ملك أن يشتري للصغير، مَلَكَ أن يأخذ له بالشفعة.

قال: فإن سكت واحد من هؤلاء في حال ما له المطالبة عن طلب الشفعة للصغير، بطلت شفعة الصغير.

وكذلك إن سلم الشفعة بالقول، فهو تسليم جائز، ولا شفعة للصغير إذا بلغ في الوجهين جميعًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر ومحمد وابن أبي ليلى: إن ذلك لا يجوز منه، والصغير على شفعته إذا بلغ.

---

(١) في م (ولايته).

وجه قولهما: أن من ملك الأخذ بالشفعة، ملك التسليم، كالشفيع البالغ، ولا يلزم عليه الوكيل بطلب الشفعة؛ لأنه إذا سَلَّمها جاز؛ ولأن الولي لو أخذها بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن جاز، فإذا سلَّمها فقد بقي الثمن على ملك الصغير وأسقط عنه ضمان الدَّرَك في الثمن، فهو أولى بالجواز.

وجه قولهم: أن هذا إسقاط حق الصغير من غير عوض، فلم يجز، كالبراءة من الدين والعفو من دم العمد، وهذا لا يصح؛ لأن هناك إسقاط حق من غير عوض يحصل في ملك الصغير[1]، فلم يجز.

وفي مسألتنا: [حصل له عوض: وهو تبقية الثمن على ملك؛ فلذلك افترقا][2].

فإذا ثبت هذا، فكل من يملك الأخذ بالشفعة وتسليمها، فإذا سكت عن طلبها كان تسليمًا منه، كالشفيع البالغ [إذا سكت عن الطلب].

قال ابن سماعة عن محمد في نوادره عن أبي يوسف: في رجل اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها أن له أن يأخذها لابنه بالشفعة، (وإن لم يأخذها وسلم شفعتها لنفسه جاز على الصغير؛ وذلك لأن المشتري للدار يملك أخذها بالشفعة)[3]، بدليل الوكيل بالشراء، كذلك في مسألتنا يملك الأخذ.

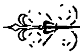
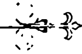
وأما إذا باع الأب دارًا لنفسه، (لم يكن له أن يأخذها للصغير بالشفعة، وإن بلغ الصغير فهو على شفعته؛ لأن البائع لا يجوز له أن يأخذ ما باعه بالشفعة،

---

(١) في م (يجعل للصغير) فقط.

(٢) في الأصل (يبقى الثمن على ملكه، فجاز) والمثبت من م.

(٣) ساقطة من م.

بدلالة الوكيل بالبيع إذا كان شفيعًا؛ لأنه يكون موجبًا ومستوجبًا.

وإذا لم يملك الأخذ، لم يكن سكوته إسقاطًا للشفعة [٢٩٣/أ]، فبقيت شفعة الصغير إلى وقت تمكُّنه من المطالبة.

وأما الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه)[١]، فسكت عن أخذها للصغير بالشفعة، والصغير شفيعها، أو سَلَّم شفعتها، فالصغير على شفعته في الوجهين جميعًا؛ وذلك لأن الوصي لا يملك أن ينقل ما ابتاعه إلى ملك الصغير إلا بزيادة على القيمة التي لا يتغابن في مثلها، وإذا لم يملك الأخذ، لم يكن سكوته تسليمًا، فبقي حق الصغير بحاله.

وهذا القول عن محمد يجب أن يكون تفريعًا على قول أبي حنيفة.

فأما على قوله: فلا تسقط شفعة الصغير بالإسقاط.

وقال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف [قال] في صبي طلب الشفعة له، فجعل القاضي له وصيًا، فسكت الوصي عن طلب الشفعة شهرًا، قال: تبطل شفعة الصغير.

وعلى هذا قال أبو يوسف ـ وهذا على أصل أبي يوسف ـ: إن مَن ملك الأخذ [بالشفعة]، ملك إسقاطها.

وأما تقدير الشهر، فهو قول محمد، ولا يجيء على قول أبي يوسف، إلا أن تكون هذه رواية أخرى عنه، أو يكون ذكر أن السكوت عن الطلب شهرًا يُسقط الشفعة، ولا يقصد بذلك التقدير[٢].

---

(١) ساقطة من م.

(٢) انظر: الأصل ٢٦٠/٩، ٢٦١.

بَابُ
الوكيل يشتري الدَّارَ فيُطالَبُ بالشفعةِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا وكّل الرجل رجلاً يشتري دارًا فاشتراها، ثم حضر شفيعها، وقد قبضها المشتري، فالمشتري خصمه في الشفعة، وللشفيع أن يأخذها من يده ويسَلِّم إليه الثمن، وتكون العهدة عليه؛ وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فصار الوكيل كالمشتري لنفسه.

[قال]: فإن لم يحضر الشفيع حتىٰ سلَّم الوكيل الدار إلىٰ الموكل، فلا خصومةَ بينه وبين الشفيع، وخصم الشفيع الموكل؛ وذلك لأن الوكيل إذا سلَّم، فلا يد له في الدار ولا ملك[1]، فلا يتوجه إليه الخصومة، كالبائع إذا سلم الدار إلىٰ المشتري.

قال محمد: الوكيل في هذا مثل البائع إذا سلم الدار إلىٰ المشتري، خرج من الخصومة، غير أن البائع لا يكون خصمًا حتىٰ يحضر المشتري، والوكيلُ إذا قبض خصمٌ وإن لم يحضر الموكل؛ وذلك لأن المشتري لم يقم البائع مقام نفسه، (فلم يجز له فسخ الملك عليه من غير حضوره، فأمّا الموكل فقد أقام الوكيل مقام نفسه ورضي به)[2]، فجاز أن يفسخ الملك بمخاصمته وإن لم يحضر الموكل.

قال: وهذا إذا علم أنه وكيل في الشراء، فأما إذا لم يعلم ذلك فادعّىٰ

(١) في م (يملكها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

المشتري أنه وكيل لغيره، قال ابن سماعة عن أبي يوسف: سمعته يقول في رجل اشترىٰ دارًا فطلب الشفيع الشفعة، فقال المشتري: إنما اشتريتها لفلان، ولا حق لي فيها، وقال الشفيع: بل اشتريتها لنفسك، وإنما تريد أن تدفع شفعتي بهذا، قال: لا أصدق المشتري، وأجعله خصمًا، وأقضي عليه بالشفعة، وكذلك لو قال المشتري قبل أن يشتري الدار: إنما اشتريتها لفلان، ثم اشتراها، فإنّي لا ألتفت إلىٰ قوله هذا، وأجعله خصمًا، وأقضي عليه بالشفعة؛ وذلك لأن الخصومة قد توجهت عليه، ولو علمنا الوكالة لم تسقط خصومته؛ لأن حقوق العقد تتعلق به، كذلك إذا كانت الوكالة غير معلومة.

وقد كان أصحابنا يقولون: إذا قال المشتري قبل أن يخاصم في الشفعة: إنما اشتريتها لفلان، وسلَّم الدَّار إليه، ثم حضر الشفيع، فلا خصومة بينه وبين المشتري؛ لأنه أقر قبل الخصومة، فصحّ إقراره، وخرج بالتسليم من الخصومة.

وأما إذا خوصم، ثم أقَرَّ أنه اشتراها لغيره، وسلَّمها إليه، لم تسقط الخصومة عنه؛ لأنه صار خصمًا للشفيع وهو يريد إسقاط حقه بإقراره، فلا يقبل قوله.

قال أبو الحسن ﵀: ولو أقام علىٰ قوله هذا بيّنةً قبل شرائها أنه اشتراها لفلان، لم تقبل بينته علىٰ ذلك.

[وكذلك لو أقام][(١)] البينة: أن فلانًا الذي زعم أنه اشتراها [له][(٢)] قد وكله بأن يشتري هذه الدار منذ سنة، فإني لا أقبل بيّنته، ولا أدفع بذلك الخصومة.

وهذا صحيح؛ لأن الدار ما دامت في يده، فهو الخصم، فإن علمت الوكالة

(١) في أ (وكذا) والمثبت من م.
(٢) في أ (أنه) والمثبت من م.

فلا معنىٰ لإقامة البينة عليها.

وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال المشتري: أنا أقيم البينة أني أقررت بهذا القول قبل أن أشتري الدار، لم أقبل ذلك منه علىٰ الغائب، ولا خصومة بينه وبين الشفيع حتىٰ يَحضر المُقَرُّ له يريد أخذها منه، فيكون الشفيع خصمًا.

وإنما لم يقبل بينته؛ لأنه يثبت بها الملك للغائب بغير حضور، إلا أنه أقرّ بالملك قبل الخصومة، فيتعلق بإقراره حكم، إذا حكم للغائب بحكم الملك، صار الغائب كالمشتري، والوكيل كالبائع، فلا يفسخ ملك الغائب إلا بحضوره، وهذه الرواية عن محمد مخالفة للمشهورة عنهم.

وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: إذا اشترىٰ الرجل دارًا لنفسه أو لغيره، فطلب الشفيع شفعته، وخاصم المشتري، فله ذلك.

فإن أقرّ أنّه اشتراها لغيره، فإن كان دفعها إلىٰ الذي اشتراها له، فالآمر [هو] خصم للشفيع، ولا خصومة بينه وبين المشتري، وهو في هذا بمنزلة البائع إذا سلم، [وإذا دفع إلىٰ المشتري][1]، فالمشتري هو الخصم للشفيع، [وإن لم يكن دفعها فهو خصم للشفيع][2]، ولا أعتبر حضور الآمر، وهذه الرواية موافقة للمشهور الذي قدمناه[3].



(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م وساقطة من أ.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م وساقطة من أ.

(٣) انظر: الأصل، ٢٨٥/٩ وما بعدها.




بَابُ
المُشتري يَبني ما اشترى ثم يجيء الشفيعُ يطلبُ الشفعةَ أو الشفيع يبني ثم تستحقُ الدارُ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ الرجل دارًا، وهي ساحة، فبناها[1]، ثم جاء شفعيها فطلبها[2] بالشفعة، فحكم له بها، فإن المشتري يقال له: اقلع بناءك وسَلِّم الساحة إلىٰ الشفيع، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد، ورواية محمد عن أبي يوسف، ورواية ابن سماعة وبشر وعلي وابن أبي مالك عن أبي يوسف كذلك.

وروىٰ ابن زياد عن أبي يوسف: أن المشتري لا يؤخذ بقلع البناء، ويقال للشفيع، خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء أو اترك، وهو قول الحسن والشافعي[3].

قال الحسن بن أبي مالك: هذا [كان] قول أبي يوسف الأول، والخلاف في الغرس كالخلاف في البناء.

وجه قولهم: أن الشفيع يستحق بسببٍ سابق، فصار كمستحق الملك، [فوجب][4] أن يقلع البناء؛ ولأنه تصرف من المشتري يؤدّي إلىٰ زيادة البدل في حق الشفيع، فكان للشفيع إبطاله، كما لو باع بأكثر من الثمن الأول؛ ولأن من

(١) في م (فبنىٰ فيها).
(٢) وفي م (يطلب الشفعة).
(٣) انظر: المهذب ٣/٤٥٣.
(٤) في أ (له) والمثبت من م.

تصرف في ملكه بالبيع ثبت لغيره حق الفسخ، فإذا تصرف فيه بالبناء، ثبت له حق الفسخ، كالراهن إذا بنىٰ، وقد سَلَّم الشافعي مسألة الرهن إذا كان قيمة الأرض والبناء أقل من الدين.

وجهُ قول أبي يوسف: أن المشتري بنىٰ في ملك نفسه، فلم يجز أن يقلع البناء [٢٩٣/ب] (كمن بنىٰ في ما لا شفعةَ فيه؛ ولأنا لو جوّزنا قلع البناء لأضررنا بالمشتري، ألا ترىٰ أنه لا يقدر علىٰ البناء والغرس)[1] مخافة الشفيع، وإنما أوجبناها لإزالة الضرر عن الشفيع، فلم يملك الإضرار بالمشتري.

قال: وإذا اشترىٰ الرجل دارًا فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها، ثم استحقت الدار، فإن المستحق يأخذ الدار، ويقال للشفيع: اهدم بناءك، ولا يرجع علىٰ المشتري بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده، ولا علىٰ البائع إن كان أخذ الدار من يده، وهذه رواية الأصول من غير خلاف.

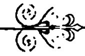
وروىٰ ابن الوليد عن أبي يوسف: أن الشفيع يَرجع عليه[2] بقيمة البناء، وكذلك روىٰ ابن زياد عنه.

وجه قولهم المشهور: أن الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت بالغرور الذي حصل من جهة البائع حين أوجب الملك للمشتري علىٰ وجه يتصرف فيه كيف شاء، والمشتري لم يُغْرِ الشفيع بإيجاب الملك، وإنما أخذ الشفيع الدار من يده بغير اختياره، فلم يكن مغرورًا، وإنما هو الذي غرّ نفسه، فلا يرجع علىٰ غيره.

وليس هذا كالثمن حيث يرجع عليه؛ لأن الثمن إنما يرجع به علىٰ

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في م (علىٰ المشتري).

المشتري ؛ لأنه عوض عن المبيع ، فإذا لم يسلم له المبيع لم يسلم الثمن للبائع أيضًا ، وهذا المعنىٰ موجود في الشفيع .

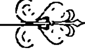
وعلىٰ هذا قالوا في الجارية المأسورة: إذا اشتراها رجل من أهل الحرب ، فأخذها مولاها الأول من يده بالثمن ، واستولدها ، ثم استحقت ، رجع المولىٰ علىٰ المشتري من أهل الحرب بالثمن ، ولم يرجع عليه بقيمة الأولاد ؛ لأن الرجوع بقيمتهم إنما يثبت لأجل الغرور ، ولم يثبت .

وكذلك الأب إذا استولد جارية ابنه ، ثم استحقت .

وجه قول أبي يوسف: أن كل من ثبت عليه الرجوع بالثمن ، يثبت الرجوع عليه بقيمة البناء ، كالبائع[1] .



(١) انظر الأصل ٩/٢٤٨ .

بَابُ
الشفعة بدارٍ فيها شَفعَةٌ

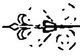
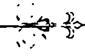


قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ الرجل دارًا وقبضها، ولها شفيع، فهي في ملك المشتري، يجوز تصرفه فيها، كما يجوز في سائر أملاكه، ولا يمنعه وجوب الشفعة فيها من التصرف إلىٰ أن يحكم بالشفعة للشفيع.

قال ابن رستم عن محمد: في رجل اشترىٰ دارًا ولها شفيع، فإن الملك للمشتري حتىٰ يأخذها الشفيع بشفعته، وله أن يهدم ويؤاجر وتطيب له الأجرة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وهذا قول أصحابنا جميعًا؛ وذلك لأن الملك انتقل إلىٰ المشتري بالبيع، وإنما يثبت للشفيع حق التمليك في ملكه، وذلك لا يمنع من التصرف كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع، أن حق التمليك ثابت للمشتري؛ بدلالة أنه يملك بمضي المدة، ولا يمنع ذلك من تصرف البائع، وإن كانت الدار علىٰ ملكه جاز تصرفه فيها، وطاب له أجرتها كسائر أملاكه.

قال [أبو الحسن]: وإذا اشترىٰ الرجل دارًا ولها شفيع حاضر أو غائب، ولم يعلم الحاضر بالبيع حتىٰ بيعت دار أخرىٰ إلىٰ جنب الأولىٰ ملاصقة للدار الثانية، فجاء الشفيع فطلب المشتري، وهو المشتري الأول بالشفعة في الثانية، فإنه يحكم له بذلك، وإن حضر الشفيع فإنه يقضىٰ له بالدار الأولىٰ بجواره، وبمُضِيِّ الحكم في الثانية [للمشتري]؛ لأنه كان جارًا في حالتي البيع، وحكم له بالثانية، وجواره الأول قائم، [فلا ينتقض أخذه بزوال الجوار بعد الحكم له]؛

وذلك لما بيّنا أن الملك للمشتري، فإذا بيعت دار بجنبه، يثبت له الشفعة بملكه.

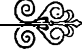
فإذا استحقت الدار من يده بالشفعة، فقد زال ملكه عنها بعد الحكم له بالشفعة، وذلك لا يسقط الاستحقاق، كما لو باع داره المشفوع بها.

قال: ولو كان الأول جارًا للدارين جميعًا، والمسألة على حالها، حكم للأول بالدار الأولى، وحكم له بنصف الثانية؛ وذلك لأن الشفيع جار للدار الثانية، وكذلك المشتري [جار] فتساويا في جوارهما، فكان للشفيع نصفها مع الدار الأولى، [وللمشتري النصف.

ولا يقال: إن القاضي لما قضى للشفيع بالدار الأولى] فقد زال ملك المشتري عما يشفع به، فكيف يزاحم الشفيع في شفعة الدار الثانية؛ وذلك لأن شراء المشتري للدار الثانية بحكم الحاكم له بالشفعة [في] نصفها، وقد كان مالكًا للمشفوع به في حال شرائه الثانية، وإنما زال ملكه بالحكم؛ وذلك بعد انتقال الشفعة إليه، يبيّن ذلك أنهم قالوا في أحد الجارين: إذا اشترى دارًا ملاصقة، ثم مات وحضر الجار الآخر يطالب الشفعة، قضي له بالنصف، ولولا أنهم جعلوا الشراء كالقضاء بقدر المستحق، لوجب أن تسقط شفعة الميت بموته، وتبقى شفعة الحي، فيقضى له بجميع الدار.

وكذلك لو اشترى الرجل دارًا ملاصقة، ثم باع داره الأولى، ثم حضر جار آخر، قضي له بالنصف؛ لأنهم جعلوا شراءه كالحكم له [بقدر المستحق]، ولولا ذلك لقضي للجار الثاني بكل الدار؛ لأنه لا جوار للمشتري في حال الحكم له.

وقال علي بن الجعد وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: لو أن رجلاً اشترى

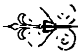
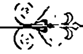
نصف دار، ثم اشترىٰ نصفها الآخر، فخاصم [المشتري الأول]، فقضي له بالشفعة بالشراء وأخذ ذلك، ثم خاصمه، جاز في الشفعتين، فإن الجار أحق بالشراء الأول، ولا حق له في الثاني.

وكذلك لو اشترىٰ نصف الدار، ثم اشترىٰ نصفها؛ وذلك لأنه شريك في النصف الثاني، فهو أولىٰ بشفعته من الجار، واستحقاق النصف الأول لا يسقط الشفعة التي وجبت له؛ لأنها انتقلت إليه بالشراء وصارت كالمحكوم بها.

قال أبو يوسف: وإن كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول، فلم يخاصمه فيه حتىٰ أخذ الجار النصف الأول بالشفعة، فالجار أحق بالنصف الثاني من المشتري الأول؛ لأن ملك المشتري الأول أزاله عن النصف قبل انتقال الشفعة إليه، فسقطت شفعته، وبقي حق الجار، فاستحق النصف الثاني بالجوار، كما استحق الأول.

وقد قالوا في رجل ورث دارًا فبيعت إلىٰ جنبها دار، فأخذها بالشفعة، ثم بيعت إلىٰ جنب الثانية [دار]، فأخذها بالشفعة، ثم جاء مستحق فاستحق الدار الموروثة، وطلب الشفعة، فإنه يأخذ الدار الثانية، ويكون الوارث أحق بالثالثة من المستحق؛ وذلك لأن الاستحقاق يكشف أن الوارث لم يكن مالكًا حين بيعت الدار الثانية، فقد قضي له بالشفعة بسبب لا يتعلقُ به الاستحقاق، فيفسخ القضاء.

وأما الثالثة، [٢٩٤/أ] فقد بيعت وهو مالك للدار الثانية التي قضي له بها، وإن ثبت فيها حق الفسخ، فكان أولىٰ بها، وصار في الدار الثالثة كالشفيع في الدار الثانية في مسألتنا.

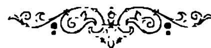



قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً باع نصف دارٍ من رجل ليس بشفيع، ثم قاسمه بأمر القاضي، [فقدم][1] الشفيع ونصيبُ البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري، فإن هذا لا يبطل شفعة الشفيع؛ لأن القسمة تصرف من المشتري، فلا يبطل به حق الشفيع كبيعه وهبته [وتزويجه عليها].

ولو كان البائع باع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولىٰ، ثم طلب الشفيع الأول الشفعة الأولىٰ، فإن قضىٰ القاضي بالأجرة جعلها بينهما، وقضىٰ بالأولىٰ للأول، وإن بدأ فقضىٰ بالأولىٰ للأول، قضىٰ له بالأخرىٰ أيضًا من قِبَلِ أنه لم يبق في يد المشتري [الأول] حق يأخذ به الشفعة؛ وذلك لأن القاضي إذا بدأ فقضىٰ بالشفعة الأخرىٰ، فالمشتري الأول جار لنصيب البائع، وجار كذلك، فتساويا في الجوار عند البيع وعند الحكم، فيقضي بالشفعة بينهما.

وأما إذا بدأ فقضىٰ بالشفعة للأولىٰ، فقد استحق ملك المشتري قبل القضاء بالشفعة الثانية، فلم يجز أن يقضي له بشيء، فقضىٰ به للأول.

وهذا إذا كان المشتري لنصيب البائع غير المشتري الأول، فأما إذا اشتراه الأول، فالشفعة الأخرىٰ بينهما، سواء قضىٰ بها أولاً أو ثانيًا؛ لما بيّنا أن الشراء كحكم الحاكم للشفيع، فزوال ملكه لا يؤثر. [والله أعلم].



(١) في أ (قم قدم) والمثبت من الفتاوىٰ الهندية، ٥/١٨١.

بَابُ
المشتري والشفيع يختلفان فيما وقع عليه البيعُ
هل هو في صَفقةٍ أو صفقتين؟ أو هل وقعَ البيعُ في الكُلِّ أو البعْضِ؟



قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال في رجل اشترىٰ دارًا، فقال اشتريت العَرْصَة علىٰ حدة بألف [درهم]، والبناء بألف، وقال الشفيع: بل اشتريتها كلها بألفين، فالدار لي ببنائها، قال: فالقول للشفيع، وكذلك قال محمد؛ وذلك لأن المشتري أقرّ بالشراء في الجميع، وادَّعىٰ تفريق الصفقة ليُبطل حق الشفيع عن بعض ذلك، فلا يقبل قوله؛ ولأن تفريق الصفقة صفة زائدة علىٰ إطلاق البائع، فالقول من يدّعي الإطلاق(١).

قال أبو يوسف: فإن أقام المشتري البينة أنه اشترىٰ الدار بغير بناءٍ بألف بعدما اشترىٰ البناء بألف، وأقام الشفيع البينة أنه اشتراهما معًا صفقة واحدة، ولم يوقتا وقتًا، فالبينة بينة المشتري.

وقال محمد: البينة بينة الشفيع.

وجه قول أبي يوسف: أن بينة المشتري تثبت شرطًا زائدًا: وهو تفريق الصفقة، وبينة الشفيع تنفي ذلك، فكانت البينة المثبتة للزيادة أولىٰ؛ ولأن المشتري أقام البينة علىٰ خلاف الظاهر، فكانت بينته أولىٰ، كمن أقام البينة علىٰ ما يشهد له الظاهر.

---

(١) انظر: الأصل ٩/٣٠٩.

وجه قول محمد: أن بينة الشفيع تثبت زيادةً في الاستحقاق، فهي أولىٰ؛ ولأنه يمكن الجمع بين البيّنتين لجواز أن يكون باعهما متفرقًا، ثم باعهما في صفقة، فيكون البيع الثاني فسخًا للأول، وتتعلق الشفعة بالثاني، ويجوز أن يكون باعهما [أولاً] بصفقة، ثم باع متفرقًا، فيكون الثاني فسخًا للأول، إلا أن الشفعة لا تسقط بالفسخ.

وقال ابن سماعة في نوادر أبي يوسف: سمعت أبا يوسف قال في رجل اشترىٰ دارًا، فطلبها الشفيع، وقال المشتري: اشتريتها وأحدثت البناء فيها، (قال: فالقول قول المشتري، وعلىٰ الشفيع البينة أنه اشتراها وهذا البناء فيها)[1]؛ وذلك لأن المشتري لم يعترف بشراء البناء، فلم يجر استحقاق [البناء] فيه إلا ببينة.

قال: ولو اشترىٰ رجل دارين ولهما شفيع ملاصق، فقال المشتري: اشتريت واحدة بعد واحدة، فأنا شريكك في الثانية، وقال الشفيع: بل اشتريتهما صفقة واحدة، فلي فيها الشفعة، فالقول قول الشفيع؛ وذلك لأنه اعترف بالشراء فيهما، وهو سبب للشفعة فيهما، وادعىٰ تفريق الصفقة، وذلك معنىٰ مسقط للشفعة عن إحدىٰ الدارين، فلم يقبل قوله إلا ببينة، فإن أقاما بينة، فهو علىٰ الخلاف الذي قدمناه.

ولو قال المشتري: وهب لي هذا البيت من هذه الدار بطريقه، واشتريت بقيّتها، وقال الشفيع: بل اشتريتها كلها، فإني لا أصدق المشتري علىٰ إبطال الشفعة، وأجعل للشفيع الشفعة فيما أقرّ المشتري أنه شراء، ولا أقضي بالشفعة فيما زعم أنه هبة؛ وذلك لأنه اعترف بالشراء في بقية الدار، وادعىٰ الشفعة بالشركة في الطريق، وذلك سَببٌ لا يعلم، وجوار الجار معلوم، فلا يسقط بقول المشتري.

---

(١) سقطت من م.

فأمّا البيت الموهوب، فلم يعترف المشتري بالشراء فيه، فلا يجوز إيجاب الشفعة فيه بغير اعتراف.

قال: فإن أقاما بينة، فإني آخذ ببينة المشتري، وأبطل الشفعة في الدار؛ وذلك لأن المشتري يقيم البينة على خلاف الظاهر؛ ولأنه يثبت لنفسه استحقاق الشفعة في الدار؛ وذلك لأن المشتري يقيم البينة على خلاف الظاهر؛ ولأنه يثبت لنفسه استحقاق الشفعة، وبينة الشفيع تنفي ذلك، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، ويجب أن يكون قول محمد بخلافه؛ لأن الشفيع يثبت زيادةً في الاستحقاق.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل اشترى دارًا، فطلب الشفيع الشفعة، فقال المشتري: اشتريت نصفها، ثم نصفها، فلك النصف [الأول]، وقال الشفيع: اشتريتها كلها صفقة واحدة، فالقول قول الشفيع.

(وعلى ما قدمنا، فإن قال المشتري: اشتريت رُبعًا ثم ثلاثة أرباع، فلك الربع، وقال الشفيع: بل اشتريت ثلاثة أرباع، ثم ربعًا، قال: فالقول قول الشفيع)[1]؛ لأن المشتري يعترف بشراء الثلاثة الأرباع، وإنما ادّعى تقدم ملكه في الربع، ليستحق شفعتها، فلا يصدق.

وإن قال المشتري: أخذتها كلها صفقة واحدة، وقال الشفيع: بل أخذت نصفها ثم نصفها، فأنا آخذ النصف، فالقول قول المشتري: يأخذها كلها أو يدع؛ وذلك لأن المشتري اعترف بثبوت الحق للشفيع في الجميع، وإنما يريد الشفيع تبعيض الصفقة عليه، فلا يقبل قوله[2].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: الأصل ٩/٢٤٢.




بَابُ
الشفيع والمشتري والبائع يختلفون بإفساد البيع وصحته والخِيار فيه



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره، وابن الجعد عن أبي يوسف في الإملاء: في رجل باع من رجل دارًا ولها شفيع، وقال البائع: بعتها بألف درهم علىٰ أني بالخيار ثلاثًا [٢٩٤/ب] وصَدَّقَهُ المشتري وكَذَّبَهُمَا الشفيع وقال: لا، بل كان البيع بتاتًا لا خيار فيه.

قال أبو يوسف: لا شفعة للشفيع في قول أبي حنيفة، وهو قول محمد في الجامع الكبير وغيره.

وقال أبو يوسف: القول قول الشفيع، وله الشفعة.

وروىٰ ابن زياد عن أبي يوسف: أن القول قول البائع والمشتري، ولا شفعة للشفيع.

لهما: أنهما لما اتفقا علىٰ خيار البائع، وذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه، لم تجب الشفعة؛ ولأنها تجب برغبة البائع عن ملكه؛ ولأنهما لما اتفقا علىٰ أنه لم يجر [بينهما] سبب يوجب الشفعة، [صار] كما لو قالا: لم نتبايع، وكما لو اعترفا بوجود الإيجاب من غير قبول.

لأبي يوسف: أن الأصل في البيع البتات، والخيار طارئ، فمن ادعىٰ

الأصل فالقول قوله ؛ لتمسكه بالظاهر .

قال: فإن اختلفا ، فقال البائع: بعت على أني بالخيار ، وادّعى المشتري البيع بتاتًا ، فإن بشرًا وعلي بن الجعد وابن سماعة رووا عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن القول قول البائع مع يمينه ؛ ولا شفعة للشفيع .

وقال أبو يوسف: القول قول المشتري ، وللشفيع الشفعة ، وهو قول ابن أبي ليلى .

قال أبو الحسن: وهو قول محمد ، وهي رواية الأصل من غير خلاف .

وجه قولهم المشهور: أن الأصل في البيع البتات ، فمن ادعاه من المتبايعين ، فقد ادعى الظاهر ، ومن ادّعى شرطًا زائدًا لم يقبل قوله ، كمدَّعي الأجل .

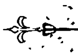
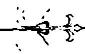
وجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة: أن البائع لم يعترف بخروج الشيء من ملكه ، فلم يجز أن يلزمه البيع من غير اعترافه ، كما لو اعترف بالإيجاب من غير قبول .

قال: وأجمع أصحابنا أن خيار البائع يمنع من وجوب الشفعة ، وخيار المشتري لا يمنع الشفعة في الرواية المشهورة .

قال محمد بن شجاع: أخبرني بشر بن الوليد والحسن بن أبي مالك ، عن أبي يوسف ، عن أبي حنيفة أنه كان يقول: إذا كان الخيار للبائع ، فالملك للبائع على حاله حتى يجب[1] البيع ، وإذا كان للمشتري ، فقد وجب الملك للمشتري ، وهذا قول أبي يوسف .

---

(١) في م (يخير) .

قال ابن شجاع: أخبرني ابن الوليد وابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه رجع عن قوله ذلك، وقال: سواء كان الخيار للمشتري أو للبائع، [فإنه] لا يجب الملك حتى يجيز الذي له الخيار البيع، وينقد الثمن، وإذا وجب الملك للمشتري كان للشفيع الشفعة.

قال الشيخ: أمّا خيار البائع فيمنع وجوب الشفعة، وقد بيّنا ذلك، وأما خيار المشتري فلا يمنع الشفعة في الرواية المشهورة؛ لأن من أصل أبي حنيفة أن الملك انتقل عن البائع، والشفعة تجب لهذا المعنى، لا بملك المشتري.

وعلى قولهما: قد انتقل الملك إلى المشتري، فهو أولى بوجوب الشفعة، وهذا قول أبي حنيفة الأول.

فأما وجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة؛ فلأنه خيار مشروط لأحد المتعاقدين، فيمنع وجوب الشفعة، كخيار البائع؛ ولأن العقد [معرَّض] للفسخ لسبب الخيار كالبائع.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: سمعت أبا يوسف قال: في رجل باع دارًا من رجل، ثم إن البائع والمشتري تصادقا أن البيع كان فاسدًا، وقال الشفيع: بل كان جائزًا، فالقول قول الشفيع، ولا أصدقهما على فساد البيع إذا زعما أن البيع كان فاسدًا، كشيء إذا ادّعاه أحدهما وأنكره الآخر جعلت القول قول الذي يدّعي الصحة، فإني لا أصدقهما على الشفيع، وأقضي له بالشفعة، [وإذا زعما][1] أن البيع كان فاسدًا بشيء، أجعل القول [فيه] قول الذي يدعي الفساد، فإني أصدقهما، و[لا] أجعل للشفيع الشفعة.

(١) في ب (إذا زعم).

[قال]: وهذا الذي ذكره أبو يوسف، إنما يجيء على قوله خاصةً في أنهما إذا تصادقا على الخيار لم يقبل قولهما في حق الشفيع، فكذلك إذا اتفقا على فساد العقد[١]، مثل الأجل الفاسد، والخيار الفاسد؛ لأن هذا اختلاف لو حصل بين المتبايعين كان القول قول من يدّعي الصحة منهما، فكذلك إذا اتفقا عليه وخالفهما المشتري.

فأما إذا اتفقا على أنهما باعا [بخمر أو خنزير][٢] فهذا عقد لا يصح أبدًا.

ولو اختلف المتبايعان فيه، قال أحدهما: بعتُ بدراهم، وقال الآخر: بخمرٍ أو خنزيرٍ، كان القول قول من يدّعي الفساد، فكذلك في مسألتنا القول قول المتبايعين.

وقد قال أبو يوسف في هذه المسألة: إذا قال: إني بعت[٣] بألف ورطل خمر، وقال الشفيع: بألف، أن القول قول الشفيع، وهذا على الرواية التي قالوا فيها: إن هذا بمنزلة الشرط الملحق، وأن العقد يصح[٤] بإسقاطه.

فأما على الرواية التي جعلوه فسادًا في نفس المعقود عليه، فيجب أن يكون القول قول المتبايعين، فلا تجب الشفعة.

وأما على قول أبي حنيفة ومحمد: فينبغي أن لا تجب الشفعة في الفصول كلها، سواء كان الفساد المدعى ملحقًا أو في نفس العقد؛ لأنه يجري مجرى

(١) في م (فساد البيع بمعنى ملحق كالأجل).
(٢) في أ (خمرًا أو خنزيرًا) والمثبت من م.
(٣) في م (تبايعنا).
(٤) في م (يفسخ).




شرط الخيار في المنع من الشفعة.

قال هشام: سألت محمدًا عن رجل اشترىٰ دارًا، فجاء الشفيع وادعىٰ شفعتها، فقال المشتري: اشتريتها بألف علىٰ أن أبيعه بالألف متاعًا، وصدقه البائع، قال محمد: القول قولهما، وكذا روىٰ الحسن بن زياد عن أبي يوسف؛ لأنهما [لما] اتفقا علىٰ الفساد، فكأنهما اتفقا أنهما لم يتبايعا، وهذا يصحّحُ ما ذكرنا عن أبي حنيفة ومحمد، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف.

[وقال الحسن عن أبي يوسف]: فإن قال: اشتريتها بألف درهم شراءً صحيحًا، وقال البائع: بل بعتكها بألف درهم بيعًا فاسدًا، كان القول قول المشتري.

وقال الحسن: قال زفر: القول قول الشفيع في هذه المسائل كلها، والبيع بتات صحيح، وللشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ وذلك لأنهما إذا اختلفا في الصحة والفساد، فالقول قول من يدّعي الصحة منهما، وإذا صَحَّ العقد وجبت الشفعة.

فأما الذي حكاه عن زفر: أن القول قول الشفيع في جميع الوجوه؛ فإنما يريد به إذا اتفق المتبايعان علىٰ الشرط المفسد، أو اختلفا فيه.

وأما إذا قال البائع: بعتكها بخمر، فلا يجوز أن يقول زفر أن الشفعة واجبة؛ لأنه يؤدي إلىٰ استحقاق الملك عنه[1] ببدل لم يرض به[2].



(١) في م (عليه).

(٢) انظر: الأصل، ٩/٢٦٨، ٢٦٩.

بَابُ
الرجلُ يُطالبُ بالشفعة بدارٍ في يَدِهِ



قال هشام: سألت محمداً عن رجل اشترىٰ دارًا، فادعىٰ [شفيعها] شفعتها بدار في يده، فقال المشتري: هذه الدار التي في يده هي لصيقة هذه الدار، وهي في يد[1] هذا، ولكنها ليست له، فأخبرنا محمد عن أبي حنيفة قال: علىٰ الذي يدعي الشفعة أن يقيم البينة أنها داره.

وقال أبو يوسف: إذا أقر المشتري أنها في يده، أو قامت للشفيع بينة أنها في يده، فإن له الشفعة.

وقال محمد: القياس ما قاله أبو حنيفة.

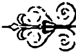
وذكر ابن شجاع في اختلاف زفر وأبي يوسف عن أبي يوسف: أن القول قول المشتري، ولا تجب الشفعة حتىٰ يقيم الشفيع بينةً علىٰ الملك.

وقال زفر: القول قول الشفيع، وله الشفعة.

وجه قول أبي حنيفة [٢٩٥/أ] ومحمد وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف: أن الدار إذا كانت في يد الإنسان، فالظاهر أنها ملكه، والظاهر يدفع به الدعوىٰ [ولا يستحق به علىٰ الغير، ألا ترىٰ أن المدَّعىٰ عليه يدفع دعوىٰ المدَّعي] ولا يستحق الملك بذلك، ولو جعلنا القول قوله لاستحق بالظاهر ملك المشتري،

---

(١) في م (في يد هذه الدار).

وهذا لا يصح.

وعلى هذا قالوا: في المقذوف إذا زعم أنه حرّ، وقال القاذف: هو عبد، لم يجب عليه الحد حتى يقيم المقذوف بيّنة بالحريّة؛ لأن الظاهر الحرية، إلا أنه بهذا الظاهر لا يستحق حقًّا على الغير.

وكذلك المقطوعة يده إذا زعم أنه حرّ، فطلب القصاص من القاطع، فقال القاطع: هو عبد، لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى.

وكذلك قالوا في المشهود عليه إذا زعم أن الشاهد عبد: لم يقض عليه بظاهر الحرية.

وكذلك إذا زعمت العاقلة أن القاتل عبد، لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت أنه حر؛ لأن في الحكم بحريته بغير بينة حكم عليه بالظاهر، فلم يجز.

وجه قول زفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: أن اليد موجبة للحكم بالملك؛ بدلالة أن الشفيع لو مات حكمنا بانتقالها إلى ورثته، ولو باع حكمنا بجواز البيع، فصار ذلك كالبينة.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف: في رجل في يديه دار، أقام رجل عليه البينة أن هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يديه، قال: فإني أجعلها للذي أقام البينة، فإن جاء يطلب الشفعة بدار إلى جنبها، لم أقضِ له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك، وهذا يدل أن القضاء باليد مع جهله بنقل الملك هو قضاء بالاستحقاق، وليس بحكم بالملك؛ لأن اليد قد تكون يد مالك في الظاهر، وهي غصب في الباطن. [والله أعلم].

بَابُ
استحقاقِ الشفعةِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا بيعت دار في زقاق غير نافذ، فأهله جميعًا شركاء في الشفعة، وهم أولىٰ من الجيران الملاصقين الذين لا طريق لهم في الزقاق.

فإن سَلَّم الشركاء في الطريق الشفعة، أخذ الجيران الملاصقون، ولا شفعة لجار غير ملاصق ممن لا طريق له في الزقاق؛ وذلك لأن الدرب إذا لم يكن نافذًا فأهله شركاء فيه، والشريك في حق المبيع أولىٰ من الجار.

وقد قال محمد: إن أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق إذا كان ملكًا لهم، أو كان فناء غير مملوك، ولا شبهة في المملوك؛ لأنهم شركاء فيه.

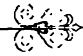
فأما الفناء الذي ليس بمملوك، فهم [أحقّ][1] به من غيرهم، فصار في حكم الملك، [فوجب به][2] الشفعة، فإذا سَلَّم أهل الزقاق، فللجار الشفعة علىٰ ما قدمنا من خلاف أبي يوسف.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: قال أبو حنيفة: إذا كان بين الدارين طريق نافذ، فلا شفعة فيها إلا للجار الملاصق؛ وذلك لأن الطريق النافذ ليس بمملوك، فلا يختص به أهله، بل هم وجميع الناس فيه سواء، فصار كالشوارع،

---

(١) في ب (أخصّ).

(٢) في أ (فوجبت له) والمثبت من م.

وهذا يجب أن يكون في الطريق النافذ إذا لم يكن مملوكًا ، فأما إذا كان مملوكًا ، فهو في حكم غير النافذ في وجوب الشفعة به.

قال محمد: في دار بين شركاء ، اقتسموها وعزلوا منها طريقًا نافذًا بينهم ، ثم باع أحدهم نصيبه ، كان للباقين الشفعة بهذا الطريق ؛ لأنه ملك لهم وإن كان نافذًا ، ألا ترىٰ أن لهم أن يسدوه ويمنعوا غيرهم من استطراقه ، والنافذ الذي لا يستحق به الشفعة: هو الذي [لا يملك][١] أهله أن يسدوه ؛ لأن حق الجميع متعلق به ، وما تعلق به حق جميع المسلمين ، لم يجب به الشفعة ؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ وجوبها لجميعهم.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: وكذلك النهر إذا كان بين أقرحة ـ إلا أن يكون نهرًا صغيرًا ساقية [بين] قوم ـ فهو بمنزلة الزقاق فيه الدور وليس بنافذ ، فهم شركاء في الشِّرْبِ ، وفيه الشفعة.

فإن بيع قِراحٌ له شِرب في الساقية ، وإلىٰ جانبه قِراح ليس له في الساقية شرب ، فأصحاب الشرب أولىٰ به وإن كانوا أبعد ؛ لأنهم شركاء في النهر ، وليس هذا بشريك [فيه].

قال أبو الحسن: وكذلك نهر صغير أو ساقية بين قوم عليها قراحان أو ثلاثة ، أو بساتين ، أو نحو ذلك ، فإنهم جميعًا شركاء في الشفعة ؛ وذلك لأن النهر الصغير يجري مجرىٰ الدرب الذي لا ينفذ ؛ [في أنه حق][٢] مملوك لأهلها ، فتجب الشفعة بالشركة فيه ، والنهر العظيم يتعلق به حق جماعة المسلمين ، ولا يختص به

---

(١) في أ (يمنع) والمثبت من م.

(٢) في أ (لأنه) والمثبت من م.

بعضهم دون بعض، فهو كالشارع، فلا يجب به الشفعة.

فأما الحدّ الفاصل بين الصغير والكبير، فذكر ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: لست أستطيع أن أجد في هذا حدًا، هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك.

وذكر هشام عن أبي يوسف: في الساقية الصغيرة، تسقي البستانين والثلاثة، أو تسقي القطعتين أو الثلاث، فصاحب الأرض والبستان الذي له الشرب في الساقية أحق بما بيع من الجار الذي ليس له شرب في الساقية.

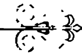
قال أبو يوسف: ليس في الأرضين التي شربها من العظيم(١) شفعة، ولم يجعل أبو يوسف العظيم(٢) مثل الساقية [بين قوم، وجعل للبساتين التي على الساقية الصغيرة الشفعة، ولم يجعل ذلك للعظيم(٣)]، فقد جعل أبو يوسف ـ في رواية هشام ـ حد الساقية التي يجب بها الشفعة أن يسقي للبستانين أو الثلاثة.

وذكر محمد في رواية ابن رستم: أن النهر الذي يحمل السفن لا شفعة به.

وقال هشام عن محمد في النهر الذي تجري فيه السفن: أن لا شفعة، وهو بمنزلة الطريق النافذ، وما لا تجري فيه السفن بمنزلة الطريق الذي لا ينفذ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

قال هشام: قلت لمحمد: فما تقول في نهر لا تجري فيه السفن، عليه عشرة آلاف جريب، نصفها لها شرب من هذا النهر [بين مائة إنسان](٤)، والنصف الآخر

(١) في م (للعقم).
(٢) في م (للعقم).
(٣) في م (للعقم).
(٤) في أ (بماية) والمثبت من م.

له أنهار؟ قال: فإن هؤلاء الذين ليس لهم شرب في الأصل، لا شفعة لهم في تلك الأرضين إلا بالجوار، وأما الذين لهم شرب مع أراضيهم، [فهم][(1)] شفعاء، وأخبرني أن أبا حنيفة قال: إذا كان يجري في مثله السفن، فلا شفعة لهم.

قال هشام: وسألت محمداً عن ساقية عليها نحو من ألف جريب أرض بين مائة إنسان، لكل إنسان شيء معلوم، وهو نهر مستوٍ، وإنما لهم شرب النهر يجرونه إلىٰ أرضهم، فباع بعضهم أرضه، فالذي هو ملاصق أحق بالشفعة، أو كلهم فيه شَرَعٌ[(2)] سواء؟ قال محمد: كلهم شَرَعٌ[(3)] سواء، فقد أجرىٰ محمد الحكم علىٰ جريان السفن؛ لأن ما تجري فيه السفن في حكم [النهر] العظيم، فهو كالدجلة والفرات، و[أما] الذي لا تجري فيه السفن في حكم الصغير، فهو كالزقاق الذي لا ينفذ.

وما ذكره من شركة مائة إنسان، ليس علىٰ طريق الشرط، وإنما المعتبر بما ذكره من جريان السفن.

وكان السمَّاني يقول: إن حَدَّ النهر الصغير الذي يجب به الشفعة [٢٩٥/ب]، هو ما اشترك فيه مائة فما دونهم، فإن كانوا أكثر من ذلك، فلا شفعة.

وإنما رجع إلىٰ هذه الرواية، وقد بيّنا أن محمداً ذكر هذا مثلاً ولم يجعله حدًا.

قال هشام: قلت لمحمد: فإن أبا يوسف قال: إذا كانت الساقية بين ثلاثة أو نحو ذلك، قضيت بالشفعة بالساقية، فإذا كان أكثر من ذلك لم أقض، علم أن

(١) في أ (لهم) والمثبت من م.
(٢) في م (شركاء).
(٣) في م (شفعاء).

محمدًا رضي بقول يعقوب.

قال هشام: قلت لمحمد: فإن كان ينشق من هذا النهر ثم بيع فيه أرض، فقال: أصحاب التربيع أحق بما فيه من الذين هم قبله، بمنزلة [سِكَّة][1] تربيع.

قال محمد في الشفعة [بالسِّكة][2] إذا كانت بتربيع: فقول أبي حنيفة الذي أخبرنا أبو يوسف عنه.

ومعنىٰ السكّة بتربيع: أن يكون الزقاق غير نافذ وفيه معطف زقاق آخر غير نافذ، فإن بيع في الزقاق المنعرج دارٌ، فأهل هذا الزقاق أحق بشفعتها من أهل الزقاق الأول؛ لأن هؤلاء شركاء في الطريق الخاص، ألا ترىٰ أن أهل الزقاق الأول ليس لهم أن يستطرقوا في المعطف، فإذا انفردوا عنهم بالشركة في طريق كانوا أخصّ بالشفعة.

فإن بيعت دار في الزقاق الأول، فأهل الزقاق الأول والزقاق المتعرج شركاء في شفعتها؛ لأنهم تساووا في الشركة في طريق الزقاق الأول، ألا ترىٰ أنهم يستطرقونه جميعًا، فتساووا في استحقاق الشفعة، فالنهر [بناء] علىٰ هذا إذا شرع منه[3] آخر، فبيعت أرض شربها من النهر الشارع[4]، فأهل النهر الشارع[5] أحق بشفعتها من أهل النهر الكبير؛ لأنهم يختصون بشرب النهر الشارع[6]، فإن

(١) في أ (شركة) والمثبت من م.
(٢) في أ (في الشركة) والمثبت من م.
(٣) في م (نزع منه).
(٤) في م (النازع).
(٥) في م (النازع).
(٦) في م (النازع).




بيعت أرض على النهر الكبير، كان أهله وأهل النهر الشارع[1] سواء في الشفعة؛ لأنهم استووا في استحقاق الشرب في عمود النهر.

قال هشام: سألت محمدًا عن قِراح واحد في وسطه ساقية جارية، منها [شِرب][2] هذا القراح من الجانبين جميعًا، فبِيْع القراح، فجاء الشفيعان يدعيان الشفعة، أحدهما تليه هذه الناحية وحدها من القراح، والآخر تليه الناحية الأخرى من القراح، هل يشتركان في القراح كله، أو تكون الساقية حائلة فيكون لهذا ما يليه إلى الساقية ولهذا ما يليه من الساقية؟

قال محمد: هما شفيعان في القراح كله، وليست الساقية بحائلة؛ لأنها ساقية هذا القراح؛ وذلك لأن الساقية من حقوق القراح، فصارت كالحائط الممتد في وسط الدار: فإنه لا يفصل بين جنبيها، بل يستحق الشفيعان جميع الدار على الشركة، فكذلك هذا.

قال: قلت: فإن كانت هذه الساقية تجوز هذا القراح ويشرب منها ألف جريب خارجًا من هذا القراح، وكانت هذه الألف الجريب بين مائة رجل، فجاؤوا يطلبون الشفعة مع الجارين؟ قال محمد: (أصحاب الساقية فيه أحق بالشفعة من الجار)[3]، حتى يكون ذلك شِربًا[4] كثيرًا؛ وذلك لأنهم إذا اشتركوا في شِربها، استحقوا الشفعة بالشِّرب، فكانوا أولى من الجار الذي لا شِرب له.



---

(١) في م (النازع).

(٢) في أ (بشرب) والمثبت من م.

(٣) ساقطة من م.

(٤) في م (شيئًا).

بَابُ
الشفعة بالحيطان ومَسيل الماء



قال بشر وعلي عن أبي يوسف: لو أن رجلاً له مسيل ماء في دار بيعت، كانت له الشفعة بالجوار لا [بالشِّرب][(١)]، (ليس المسيل بمنزلة الشِّرب)[(٢)].

قال أبو الحسن رحمه الله: إنما يعني بجوار الدار التي لها المسيل؛ وذلك لأن صاحب المسيل يختصّ بمسيل الماء، وليس للآخر معه مشاركة في شيء، فصار كحائطٍ لصاحب إحدى الدارين في الأخرى، فسالا عنه له[(٣)].

ولو أن حائطًا بين داري رجلين، الحائط بينهما، فصاحب الشرك في الحائط أولى بالحائط من الجار، وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما [بالسَّوِية][(٤)].

وذكر النمر بن حراز عن أبي يوسف: أن الشركة في الحائط أولى بجميع الدار.

وحكي عن زفر: أنه يستحق الحائط خاصة، ويساوي الجار في بقية الدار.

قال: وروي عن أبي يوسف مثل ذلك.

---

(١) في أ (بالشركة) والمثبت من م.

(٢) ساقطة من م.

(٣) في م (قالا عنه مسألتنا).

(٤) في أ (بالنوبة) والمثبت من م.

وجه الرواية [الأولى][(١)]: أن صاحب الحائط شريك في بقعة من الدار بعينها، وجار في نفسها، فكان أولى ممَّا هو شريك فيه، ومساوٍ للجار في نفسها.

وجه الرواية الأخرى: أنه شريك في بعض المبيع، فكان أولى من الجار الذي لا شركة له، كالشريك في الشِّرْب والطريق.

وقال بشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: وكذلك البيت في الدار بين رجلين بغير طريق، باع الرجل الدار، فطلب الشريك الشفعة، وطلبها الشريك في البيت، فإن صاحب الشركة في البيت أولى بالبيت، وبقية الدار بينهما نصفان بالشفعة على ما فسرت لك؛ وذلك لأن أحدهما شريك جار في بقية الدار، والآخر شريك في الدار جار للبيت، فاجتمع في كل واحد منهما شركة وجوار، فالشركة أولى.

[قال رحمه الله تعالى]: وهذا الجواب هو الذي يقتضيه ظاهر المسألة، وما أجاب به أبو الحسن في الكتاب لا يصح، إلا أن تحمل المسألة على أن البيت [مشترك][(٢)] وبقية الدار لأحد الشريكين فيه، فباع صاحب الدَّارِ[(٣)] الدَّارَ ونصيبه من البيت، وطلب جارها والشريك في البيت الشفعة، فيكون للشريك في البيت نصف البيت بالشركة، وبقية الدار يتساوى فيها هو والجار.

قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: إذا كان حائط بين جارين[(٤)]، الحائط

(١) في أ (الأخرى) والمثبت من م.
(٢) في أ (المشترك) والمثبت من م.
(٣) في م (صاحب الدار نصيبه من البيت والدار).
(٤) في م (دارين).

بين صاحبي الدار، وفي إحدىٰ هاتين الدارين بيت لرجل، أو كان لرجل فيه نصيب مقسوم، ولصاحب البيت أو لصاحب النصيب [مَمَرٌّ][1] في الدار، فباع شريكهم في الدار الذي هو شريك صاحب الحائط؟ فقال: صاحب الحائط أحق بالشفعة من صاحب النصيب المقسوم ومن صاحب البيت.

وإن كان لهما مَمَرٌّ في الدار، [من قِبَل أن صاحب الحائط شريك فيه للذي باع دون صاحب القسمة]، فهذا علىٰ الرواية التي جعل الشريك في الحائط أولىٰ ببقية الدار من الجار، وصاحب البيت جار، فكان الشريك في الحائط أولىٰ منه.

قال أبو الحسن: وهذه الرواية عن أبي يوسف أصحّ عندنا.

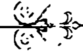
قال هشام: سألت أبا يوسف عن حائط بين دارين عليه بناء، وهو بينهما، وباب إحدىٰ الدارين في سكة لا منفذ لها، وفيها دور، فبيعت الدار التي في السكة التي فيها دور لا منفذ للسكة، لمن الشفعة؟

قال: صاحب الحائط أحق؛ [٢٩٦/أ] لأنه شريك في الدار، فجعل الشركة في الحائط شركةً في نفس المبيع، وقدم الشفعة.

وقال هشام: سألت محمداً عن حائط بين دارين، عليه خشب لصاحب هذه الدار، ولصاحب هذه الدار الأخرىٰ، فبيعت إحدىٰ الدارين، فجاء صاحب الحائط يدّعي الشفعة، وجاء الجار يدّعيها[2]، ولا يعلم أنّ الحائط بينهما إلا بالخشب الذي عليه لهما، قال محمد: يسأل المدعي للشفعة بالحائط البينة، بينته

(١) في أ (ممَّن) والمثبت من م.

(٢) في م زيادة (ولا يعلم أن الجار يدّعيها).

أن الحائط بينهما، فإن أقام بينة فهو أحق من الجار؛ لأنه شريك، وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكًا؛ وذلك لأن استحقاق الحائط [بالخشب][1] ظاهر في الملك، وقد بينا أن الشفعة لا تستحق بالظاهر، وإنما ذكر أبو الحسن هذه المسألة هاهنا ليُبيِّن من قول محمد: أن الشريك في الحائط أولىٰ بجميع الدار، علىٰ أن في لفظ محمد احتمالاً؛ لأن قوله: إنه أحق من الجار، يحتمل أن يكون [أحق] بالحائط، وظاهره يقتضي أنه أحق بالجميع.

قال محمد: وكذلك لو أقرَّ البائع قبل البيع أن الحائط بينهما، لم أجعل له بهذا شفعةً، بمنزلة دار في يد رجل أقرَّ أنها لآخر، فبيعت إلىٰ جنبها دار، فجاء المُقَرُّ له يدَّعيها بشفعة الدار التي أقر له بها، فإنه لا شفعة له بذلك حتىٰ يقيم البينة أن الدار داره، فإذا لم يعلم ذلك إلا بقولهما لم يصدّق علىٰ الشفعة؛ وذلك لأن المُقِرَّ يجوز أن يكون صادقًا في إقراره، ويجوز أن يكون كاذبًا، فلا يمكن[2] إيجاب الشفعة علىٰ المشتري بالإقرار.

وقد ذكر في المنتقىٰ عن أبي يوسف أنه قال ـ بعد رجوعه من البصرة ـ: في رجل بيعت دار إلىٰ جنب داره، وهو شفيعها، وقد عرف القاضي أن الدار التي في يديه [له]، وأنه شفيع الدار، فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة [وقد علم]: إن داري هذه لفلان قد بعتها منه منذ سنة، وقال هذه المقالة في وقت يقدر علىٰ أخذ الشفعة لو طلبها لنفسه.

قال: لما أقرّ بالدار لرجل فقد نقض [ملكه] علىٰ ذلك، وصيّرها لغيره،

---

(١) في أ (الخشب بالشفعة) والمثبت من م.

(٢) في م (يملك).

فلا شفعة له، ولا للذي أقرّ له، إلا أن يقيم المقر له البينة على شرائها، أو هبتها، وهذا على ما بيّنا.

وقد ذكر الخصاف في الحيلة في إسقاط الشفعة: أن البائع إذا أقرَّ بسهم من الدار للمشتري، ثم باعه بقية الدار، أن الجار لا يستحق الشفعة؛ لأن المشتري شريك بالسهم المقر به.

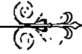
وكان الشيخ أبو بكر الخوارزمي يخطّئ الخصاف في هذا، ويفتي بوجوب الشفعة للجار في بقية الدار.

قال: لأنا لا نعلم أن البائع صادق فيما أقر به للمشتري، ويستدل على ما قال بهذه المسألة التي ذكرها محمد في الإقرار بسهم من الحائط أو بالدار، ويجوز أن يصحح قول الخصاف؛ وذلك لأن الشفيع لا بد أن يعترف بملك البائع فيما باعه حتى يصح أن يطلب شفعته، وإذا اعترف بملك البائع بما باعه، فإن كان مالكًا في الظاهر لجميع الدار، فقد نفذ إقراره للمشتري، وإن لم يكن مالكًا للسهم المقر به، نفذ إقراره في سهم مما باع؛ لأنه أقر له بسهم مشاع.

وليس كذلك مسألة الحائط؛ لأنه يجوز أن يكون لغير البائع، فلا يكون في مطالبة المشتري بالشفعة ما يوجب تصديق البائع في الإقرار بالحائط.

قال هشام: قلت: فإن أقام الذي يدعي الشفعة البينة أن الحائط لهذا عليه خشب ولهذا، قال: أجعل[1] بالبينة الحائط بين هذين، فإن قالوا: لا ندري، لم أقبل شهادتهما؛ وذلك لأنهم لم يشهدوا إلا بما قد علمناه بالمشاهدة، وهو حق

(١) في م (أسأل البينة أن الحائط لهذين).




الوضع، ولا يعلم الملك[١] بذلك حقيقة، والبينة إذا لم تفد إلا ما أفاده الظاهر لم تقبل.

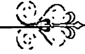
قال: فإن كان الحائط بينهما، وقد علم ذلك، وبيع في إحدىٰ الدارين نصيب مقسوم، أو حجرة فيها، وطريق ذلك في الدارين، وبابهما واحد، فادّعىٰ صاحب الحائط الشفعة، وصاحب النصيب المقسوم، قال محمد: الشفعة لصاحب الحائط؛ لأنه بينهما غير مقسوم، فجعل محمد الشريك في الحائط أولىٰ ببقية الدار من صاحب البيت المقسوم، وهذا مثل رواية أبي يوسف.

وقال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً اشترىٰ حائطًا من جارٍ بأرضه، ثم اشترىٰ ما بقي [من الدار]، ثم طلب جار الحائط الشفعة، فله الشفعة في الحائط، ولا شفعة له فيما بقي من الدار، ومشتري الحائط أولىٰ بالشفعة الثانية من قبل أن ملكه قد حال دون ملك الآخر، فصار أقرب جوارًا؛ وذلك لأن الجار جار للحائط، فثبت له فيه الشفعة بالجوار، فإذا باع بقية الدار قبل أن يأخذ الحائط، فقد حال الحائط بين الجار وبين المبيع فلا تجب له الشفعة.

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في دار بين رجلين، لرجل فيها طريق، فباع أحدهما نصيبه من الدار، فشريكه في الدار أحق بشفعة ذلك، ولا شفعة لصاحب الطريق فيها، ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق؛ وذلك لأن الطريق إذا كان معينًا، فصاحبه جار لبقية الدار، فالشريك فيها أولىٰ منه، وله شركة بموضع الطريق، فاستحق الشفعة فيه.

قال: وكذلك دار بين رجلين، ولأحدهما حائط بينه وبين رجل بغير أرضه،

(١) في م (وذلك لا يعلم به الملك في الحقيقة).

فباعه الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، قال: فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار ، وله شفعة في الحائط وأرضه.

وهذا صحيح على الرواية التي يقول فيها: إن الشريك في الحائط جار في بقية الدار ، فيكون الشريك في الدار أولى منه.

قال: وكذلك دار بين رجلين ، ولأحدهما بئر ماء في الدار بينه وبين رجل آخر ، فباع الذي له الشركة في البئر نصيبه من الدار والبئر ، فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ، ولا شفعة للشريك في البئر ، وله الشفعة في البئر ، لا يكون له الشفعة [فيما](1) يسكن إذا كان شريكًا فيما لا يسكن ؛ بمنزلة طريق وحائط وبئر ؛ وذلك لأن الشريك في البئر ، شريك في بقعة بعينها ، فكان أولى بها ، وهو جار في بقية الدار ، فالشريك في الدار أولى منه.

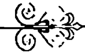
فأمّا تعليله ، فيقتضي أن الشريك في البئر والحائط ليس بمنزلة الشريك في الطريق ؛ لأنه شريك فيما لا يسكن ، فلا يستحق الشفعة فيما يسكن ، والشريك في الطريق شريك فيما يسكن ، فاستحق الشفعة فيما يسكن.

ومعنى هذا: أن الحائط والبئر منفعتهما تختصّ بهما [٢٩٦/ب] ، ولا تتعلق ببقية الدار ، فلم يكونا من حقوقهما ، ومنفعة الطريق تتعلق بجميع الدار ، كمنفعة الشِّرْبِ الذي يتعلق بجميع البستان ، فلذلك كانت الشركة فيه [موجبة للشفعة](2) في الجميع ، وهذا تفريع من أبي يوسف على إحدى الروايتين.

---

(١) في النسختين (فيها) والمثبت ما يقتضيه السياق.

(٢) في أ (ووجبت الشفعة) والمثبت من م.

قال: وكذلك بيت سفل بين رجلين، لأحدهما عليه علو بينه وبين رجل آخر، فباع الذي له نصيب في العلو والسفل نَصِيبَه من رجل، قال: فلشريكه في السفل الشفعة في السفل، ولا شفعة له في العلو، ولشريكه في العلو الشفعة في العلو، ولا شفعة له في السفل، وهذا علىٰ ما بيّنا: أن كل واحد منهما شريك في شيء، وجار في شيء، فكان أولىٰ بالشركة من الجار[1].



(١) انظر: الأصل ٩/٢٤٩ وما بعدها.

بَابُ
الشفعة في فسخ البيع

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا اشترىٰ رجل من رجلٍ دارًا، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردّ المشتري الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار، أو بعد ذلك، فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، فليس له ذلك.

ولو ردَّها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، كان كذلك، وإن ردَّها بعيب بعد القبض بغير قضاء، أخذها بالشفعة بهذا الرد، وإن كان بقضاء، فلا شفعة له في الرد.

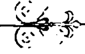
قال: وجملة هذا: أن الشفيع إذا سَلَّم الشفعة، ثم عاد [المبيع][1] إلىٰ البائع علىٰ حكم ملك الأول، فلا شفعة له بالعود؛ لأنه أسقط شفعته عن ذلك الملك، فلا يعود إلا بعود سبب آخر.

وكل موضع عاد إلىٰ البائع بحكم الملك مُبْتَدَأً، كان للشفيع الشفعة، كما لو اشتراها والرد بخيار الرؤية، والشرط موجب عود ملك الأول، وكذلك الرد بالعيب قبل القبض.

فأمّا الرد بالعيب بعد القبض، فيختلف فيه القضاء وغير القضاء، وهذه فصول قد بيّناها في كتاب البيوع.

قال: ولو قال المشتري: البيع بيع إقالة بغير عيب، قبل القبض أو بعده،

(١) في أ (البيع) والمثبت من م.

فإن للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ؛ لأنها عادت إلى البائع على حكم ملك مبتدأ ، ألا ترى أنها دخلت في ملكه بقبوله ورضاه ، فصار ذلك كالشراء .



بَابٌ
[زيادة الشفعة في الشراء بثمن مؤجل]



قال الشيخ رضي الله تعالىٰ عنه: قد بيّنا الكلام فيما ذكره أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ في هذا الكتاب، وقد أخل بمسائل مشهورة، وبمسائل واقعة، نحن نذكرها في هذا الباب وإن كانت مختلفة.

قال أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: إذا اشترىٰ الرجل دارًا بثمن مؤجل، فالشفيع بالخيار: إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء انتظر مضي الأجل، فإذا مضىٰ أخذها وليس له أن يأخذها بثمن مؤجل؛ وذلك لأن الأجل لا يثبت إلا بالشرط، ولم يوجد بين المشتري والشفيع شرط أجل، فلم يثبت؛ ولأن الأجل مدّة ملحقة بالعقد، كالخيار، ومعلوم أن المشتري لو شرط الخيار لنفسه ثم أخذها الشفيع لم يثبت له خيار؛ لأنه لم يشترط له، كذلك هذا.

وإذا لم يثبت الأجل في حقه كان بالخيار: إن شاء أخذ بثمن حال، وإن شاء انتظر حتىٰ يحل الأجل؛ لأن له أن يقول: لا ألتزم الثمن بزيادة صفة لم يقع عليها البيع.

فإن اختار أحدهما بثمن حَالٍّ، كان الثمن للبائع علىٰ المشتري إلىٰ أجله؛ وذلك لأن الملك انتقل من المشتري إلىٰ الشفيع، فكأنه باع الدار بثمن حَالّ.

وقد روىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف في هذه المسألة: أن الشفيع يجب أن يطالب عند علمه بالبيع، فإن سكت عن الطلب حتىٰ يحل الأجل فذلك تسليم.




وقال ابن أبي مالك: كان أبو يوسف يقول هذا، ثم رجع فقال: إذا سكت ثم طلب الشفيع عند حل الأجل، فله الشفعة.

وجه رواية بشر: أن الشفعة واجبة بالعقد؛ ولهذا يملك أخذها بثمن حال، وإنما يتأخر الأخذ لأجل صفة الثمن، وإذا ترك الإشهاد عند وجوب الشفعة، بطلت.

وجه رواية ابن أبي مالك: أن الطلب إنما يحتاج إليه للأخذ، فإذا كان [تركه] للأخذ لا يؤثر في شفعته، فكذلك تركه للطلب.

قال أصحابنا: إذا مات الشفيع قبل أن يقضىٰ له بالشفعة، بطلت شفعته، وقال الشافعي: للورثة أخذ الدار.

لنا: أنه خيار ملك لاستحقاق ملك بالثمن، فوجب أن لا يورث، كخيار القبول في البيع؛ ولأن كل من لا يستحق الشفعة حال التزام[1] العقد، لا يستحق بذلك العقد أبدًا، كوارث الخيار، فلأن الوارث لم يكن له ملك عند عقد البيع، فلا يثبت له بذلك البيع شفعة كالموصىٰ له.

٢٣٩١ - [فَصْل: شفعة المولىٰ في دار المأذون]

[قال أصحابنا - يعني أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ -]: وإذا باع المأذون دارًا، والمولىٰ شفيعها، فإن كان عليه دين [فللمولىٰ الشفعة؛ لأن المولىٰ في اكتسابه كالأجنبي، وإن لم يكن عليه دين] فلا شفعة للمولىٰ؛ لأن الملك له، والمأذون قائم مقامه في البيع، وصار كبيع وكيله.

(١) في م (انبرام).

وقالوا: إن اشترىٰ المأذون [دارًا] وعليه دين، فلمولاه الشفعة؛ لأنه في كسبه كالأجنبي، وإن لم يكن عليه دين، فلا شفعة له؛ لأن الدار علىٰ ملكه، ويملك أخذها من غير شفعةٍ، فلا معنىٰ لأخذها بالشفعة.

فأما المكاتب فهو فيما يشتري ويبيع مع المولىٰ كالأجنبي؛ لأنه لا يملك ما في يديه.

٢٣٩٢ - [فَصْل:]

قال في الأصل: إذا شهد شاهدان: [أنّ] البائع والمشتري سَلَّما الشفعة للشفيع، وشهد شاهدان أن الشفيع سَلَّم الشفعة، فإنه يقضىٰ بالدار للذي هي في يديه المشتري[1] [أو] البائع[2]، وهذا كرجلين اختصما في دار كل واحد منهما يزعم أنه اشتراها من الآخذ بثمن مسمّىٰ، ولم يذكر خلاف محمد في الأصل، وهذه المسألة تشبه مسألة التهاتر من وجه، وتفارقها من وجه؛ لأن في مسألة التهاتر قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقام كل واحد منهم البينة أنه اشترىٰ من الآخر، فدخول المشتري مع البائع في العقد اعتراف له بالملك، فكأنهما أقاما البينة علىٰ إقرار كل واحد منهما [للآخر]، وهذا لا يوجد في تسليم الشفعة للمشتري والمشتري للشفيع؛ لأن التسليم ليس بإقرار بالملك، فثبت الملك لكل واحد منهما في الحال التي يثبته الآخر، وهذا مثل مسألة التهاتر.

والصحيح: مفارقةُ هذه، هذه المسألةَ؛ لعلة تلك المسألة، والوجه فيها: أنه لما لم يثبت التاريخ حكمنا بتسليمهما معًا، وتسليم المشتري للشفيع يلحقه

---

(١) في م (أو البائع) فقط.
(٢) الأصل، ٩/٢٣٨.

الفسخ ، وتسليم الشفيع للمشتري لا يلحقه الفسخ ، ألا ترىٰ أن الشفعة بعد التسليم لا تعود أبدًا ، فمتىٰ اجتمع ما يلحقه الفسخ ، وما لا يلحقه الفسخ ، كان ما لا يلحقه الفسخ أولىٰ بالجواز ، كرجل أقام البينة أنه اشترىٰ عبدًا من مولاه وأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه بينهما.

وكان أبو بكر الرازي يقول: هذه المسألة قولهم ؛ لأني[1] لا أثبت خلاف [٢٩٨/أ] محمد من غير رواية ، ويفرق لمحمد بين هذه المسألة وبين مسألة التهاتر ؛ لأنه يحكم في تلك المسألة بأن [الخارج باع من صاحب اليد وسلّم إليه ، وأن] صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلّم إليه ، ولا يمكنه إثبات التاريخين بين التسليمين ؛ لأنه لا دلالة عليه.

ويجوز أن يسوّي [محمد][2] بين هذه المسألة وبين تلك المسألة ، ويقال: إنا نحمل الأمر علىٰ أن المشتري سلّم للشفيع ، [فملك الشفيع] ثم سلّم [للشفيع] والشيء علىٰ ملكه ، فيبطل تسليمه ، أو نحمل الأمر علىٰ أن الشفيع سلم أولاً ، ثم سلم له المشتري ، فيكون ذلك كبيع [تمَّ] بتراضيهما.

٢٣٩٣- [فَصْل: الشفعة في المصالح عليها]

وقالوا: إذا ادَّعىٰ الرجل دارًا ، والمدَّعىٰ عليه ينكر دعواه ، ثم صالحه من دعواه علىٰ دار ، وجبت الشفعة في المصالح عليها ، ولا تجب في المصالح عنها ؛ وذلك لأن المدعىٰ عليه يزعم أن الدار علىٰ ملكه لم يمتلكها بعقد الصلح ، وإنما أسقط عن نفسه الخصومة بما دفع ، فلا يستحق عليه الشفعة ، فأما المدعي ، فيزعم

---

(١) في م (لئلا يثبت).
(٢) في أ (لمحمد) والمثبت من م.

أن الدار على ملكه، وأنه أخذ هذه الدار عوضًا عنها، فيستحق عليه الشفعة باعترافه[1].

٢٣٩٤ - [فَصل: كفالة رجلين للمشتري عن البائع وشهادتهما بالتسليم]

قال في الأصل: إذا تكفَّل رجلان للمشتري عن البائع بالدَّرَك، ثم شهدا أن المشتري سلم الدار إلى الشفيع، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما يبعدان عن أنفسهما ضمان الدَّرَك.

ولو شهدا أن الشفيع سلّم الشفعة للمشتري، لم تقبل شهادتهما [أيضًا]؛ لأنهما ضمنا للمشتري تصحيح [البيع][2]، فصارا كالبائع.

٢٣٩٥ - [فَصل: شهادة البائع بتسليم الشفعة]

ولو شهد البائع بتسليم الشفعة لم يجز؛ لأنه ضمن تصحيح الملك للمشتري.

قال: وإن شهد أبناء البائع أن الشفيع سلّم، فإن كان البائع لم يسلم الدار، لم تجز شهادتهما؛ لأنهما يسقطان الحق عن أبيهما، فإن كان البائع [قد] سلّم إلى المشتري، جازت شهادتهما؛ لأنه لا منفعة لأبيهما فيها.

فإن قيل: لا تقبل شهادة أبيهما بعد التسليم، قيل له؛ لأنه كان خصمًا في الشفعة قبل التسليم، ومتى كان خصمًا في شيء لم تقبل شهادته فيه وإن خرج من الخصومة، كالوكيل إذا عزل.

(١) انظر: الأصل، ٣٠٣/٩.
(٢) في الأصل [المبلغ].




٢٣٩٦ - [فَصْل: الشفعة في شراء الذِّمِّي]

قال أصحابنا: إذا اشترىٰ الذِّمِّي من الذمي دارًا بخمر وخنزير، وشفيعها ذمي أو مسلم، فله الشفعة، فإن كان ذِمِّيًّا أخذها بمثل الخمر وبقيمة الخنزير، وإن كان مسلمًا أخذها بقيمة الخمر [والخنزير][1].

وقال الشافعي: لا شفعة فيها، فإن سلم المشتري للشفيع الشفعة وهما ذميان، لم أعترض عليهما وإن أسلما.

وهذا فرع علىٰ أصلنا: أن بيعهم في الخمر والخنزير جائز، فتجب الشفعة فيه، كالبيع بالخل والشاة.

فإن كان الشفيع ذميًا أخذ بمثل الخمر؛ لأنه يصح ضمانه له بمثله، فإن كان خنزيرًا أخذه بقيمته؛ لأنه لا مثل له، وإن كان الشفيع مسلمًا، أخذها بقيمة الخمر؛ لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته، ويجوز أن يلزمه قيمتها لحق الذمي، كما لو استهلكها عليه.

وعلىٰ الشافعي: أن كل بيع يقرّ المتعاقدان عليه يجوز أن يجب للشفيع فيه الشفعة، أصله بيع المسلمين[2].

٢٣٩٧ - [فَصْل: الشفعة في بيع المريض إذا غبن]

قال في الأصل: إذا باع المريض دارًا بألفين تساوي ثلاثة آلاف، ووارثه شفيعها، فلا شفعة له عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: للوارث الشفعة.

---

(١) الزيادة من م.

(٢) انظر: الأصل ٩/٢٩٤.

لأبي حنيفة: أن الوارث لا يخلو إما أن يأخذها بألفين أو بثلاثة آلاف، فإن أخذها بألفين، سلمت له المحاباة، وهذا لا يصح، وإن أخذها بثلاثة آلاف، سلم للمشتري زيادة على الثمن الذي [دفع][1]، وهذا لا يصح.

وجه قولهما: أن المشتري [أجنبي][2] من الوارث، فيجوز أن ينتقل الملك إليه من جهته، كما لو كان البائع أجنبيًا، فتسلم الألف الزائدة للمشتري؛ لأن المريض حاباه، فكأنه وهبها له.

٢٣٩٨ - [فَصْل: الشفعة في بيع المريض لأجنبي]

(وإن باعها المريض من أجنبي)[3]: ذكر في المنتقى (فيمن اشترى دارًا بألف، ثم باعها بألفين، فعلم الشفيع بالبيع الثاني)[4]: إذا كان للدار جاران، أحدهما غائب والآخر حاضر، فخاصم الحاضر إلى قاضٍ لا يرى شفعة الجوار، فأبطل شفعته، ثم حضر الغائب، فخاصم [المشتري] إلى قاضٍ يرى شفعة الجوار، قضي له بجميع الدار؛ لأن القاضي [الأول] أبطل شفعة الحاضر، فلم يبق إلا الغائب، فاستحق الجميع.

قال: ولو كان القاضي الأول قال: أبطلت كل شفعة تتعلق بهذا البيع، لم تبطل شفعة الغائب؛ لأن هذا قضاء من القاضي على الغائب[5].

---

(١) في أ (وقع) والمثبت من م.
(٢) في أ (أحق) والمثبت من م.
(٣) ساقطة من م.
(٤) ساقطة من م.
(٥) انظر: الأصل ٩/٢٦٩.




٢٣٩٩ ـ [فَصْل: تقدير المدة التي تبطل بها الشفعة]

قال محمد: إذا بلغ الشفيع البيع، فصلّىٰ بعد الجمعة أربعًا لم تبطل شفعته، وإن صلىٰ أكثر، بطلت [شفعته]؛ لأن الأربع بعد الجمعة بتسليمة واحدة سنة، فصارت كالركعتين، فأما الزيادة عليها فليست بسنة، فصارت كالدخول في صلاة أخرىٰ.

وقد ذكر محمد: في المخيَّرة إذا كانت في صلاة النفل، فإن زادت علىٰ الركعتين بطل خيارها، فينبغي أن يحمل ذلك علىٰ النفل المبتدأ، فأما النفل [الراتب](١) الذي من سنته أن يكون أربعًا، فهو كالفرض.

قال: ولو اشترىٰ رجل دارًا لم يرها، فبيعت إلىٰ جنبها دارٌ، فأخذها بالشفعة، لم يبطل خياره، ولو كان له فيها خيار شرط، بطل خياره.

والفرق بينهما: أنه لو قال قبل أن يرىٰ الدار: قد أبطلت خياري، لم يبطل، فإذا فعل ما يدل علىٰ الإبطال(٢) لم يبطل.

ولو قال: أبطلت خيار الشرط، بطل، فإذا تصرف بما يدل علىٰ الإبطال بطل، والأخذ بالشفعة يدل علىٰ اختياره لتبقية المبيع علىٰ ملكه.

٢٤٠٠ ـ [فَصْل: الشفعة في الغرف المشتركة]

وروىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف في كتاب الشفعة في الأمالي: في بيت عليه غرفتان، إحداهما فوق الأخرىٰ، ولكل غرفة طريق في دار أخرىٰ، ليس

---

(١) في أ (الثابت) والمثبت من م.

(٢) في م (علىٰ أن لا يبطل أولىٰ).

بينهم شركة في طريق، فباع صاحب البيت الأوسط بيته، ولم يطلب[1] الشفعة صاحب الطريق، فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعًا؛ لأنهما تساويا في الجوار.

وإن باع صاحب العلو، كانت الشفعة لصاحب الأوسط، ولا شفعة لصاحب السفل؛ لأنه لا جوار بينهما.

قال أبو يوسف: لا أكره الحيلة في إبطال الشفعة، وقال محمد: أكره ذلك أشد الكراهة.

لأبي يوسف: أنه يمنع بالحيلة من وجوب حق عليه، وذلك لا يكره، كما لا يكره التزويج ليسقط عن نفسه الحد بالوطء، وكما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا[2].

لمحمد: أن الله تعالىٰ أوجب الشفعة سببًا لدفع الضرر عن الشفيع، وفي إباحة الحيلة تبقية الضرر، فلم يجز.

وعلىٰ هذا الخلاف: الحيلة في إسقاط الزكاة، قال أبو يوسف: لا أكرهها، وقال محمد: أكرهها[3].

تم كتاب الشفعة والحمد لله وحده، وصلاته علىٰ محمد النبي وآله

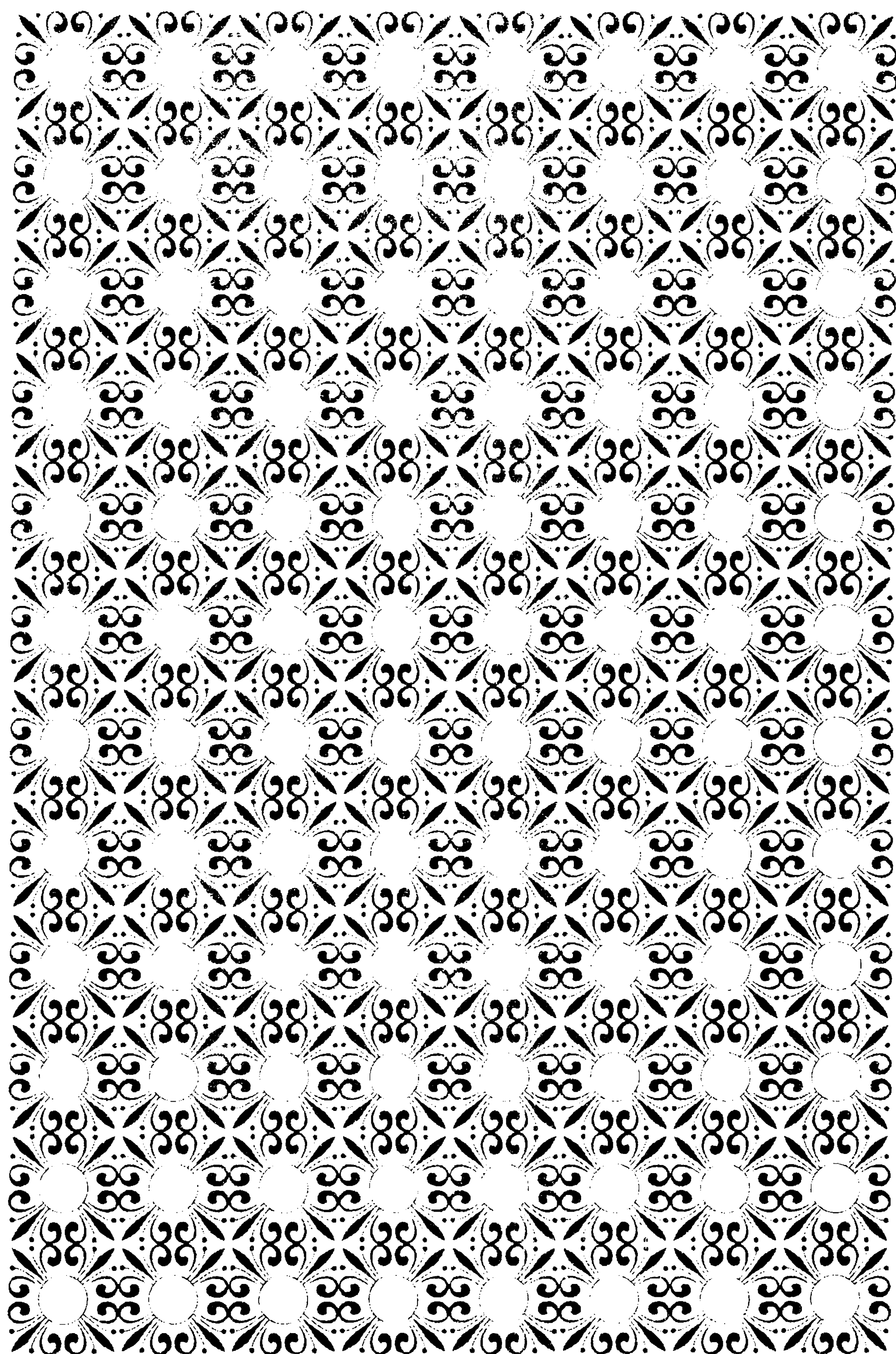
يتلوه شرح كتاب الذبائح

---

(١) في م (فطلب الشفعة).

(٢) في م (لا تكره الحيلة في التخلص عن الزنا).

(٣) انظر: الأصل، ٣١٧/٩ وما بعدها.



[٥٨] كتابُ الذبائح

[٢٩٨/ب] قال الشيخ أيّده الله: الذبائح محظورة بالعقل ؛ لأن الأشياء في الأصل على الإباحة عندنا ، إلا ما كان فيه إدخال ضرر على الحيوان.

والمحظور بالعقل على ضربين: منه ما يقطع بتحريمه ولا يرد الشرع بإباحته ، كقبح الظلم ، ومنه ما هو [محظور][1] ، فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الضرر إذا كان فيه نفع [يفي] عليه حسن بالعقل ؛ ولذلك يحسن أن يحجم الأطفال ويداويهم لما لهم في ذلك الألم من النفع ، ولا يعلم بالعقل أن للبهائم في ذبحها منفعة ، فلا يجوز أن يقدم عليها ، فإذا أباح الشرع ذلك كشف لنا عن المنفعة التي يحصل لها من العوض ، فحسن فعلها.

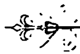
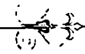
ولا يقال: إن النبي ﷺ كان يأكل لحم الحيوان قبل أَنْ يُبْعَثَ ، ولو كانت الإباحة بالشرع ، لم يجز له ذلك ؛ لأنا لا نعلم أنه ﷺ قبل بعثه ذَبَحَ ، وإنما أكل اللحم ، وليس في حظر الذبح ما يوجب حظر اللحم ؛ لأنها إذا ذبحت فالأكل لم يحصل منه أمر يقبح في العقل ، ولو ثبت أنه ﷺ ذبح ، لم يمتنع أن يفعل ذلك على شريعة من قبله.

وإذا ثبت إباحة الذبح ، فالكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوان وما يحرم.

وجملة ذلك: أن الحيوان على ضربين: منه ما له دم سائل ، ومنه ما لا دم له ، فالذي لا دم له حرام أكله إلا الجراد.

---

(١) في أ ح (مجوز) والمثبت من م.

وما له دم على ضربين: أحدهما ما يعيش في الماء، والآخر لا يعيش في الماء: فما يعيش في الماء كله محرم إلا السمك خاصّة.

وما يعيش في البرّ على ضربين: مستأنس، ومستوحش، فالمستأنس: يحل منه الأنعام: وهي الإبل، والبقر، والغنم، والدجاج، وما سوى ذلك من المستأنس لا يؤكل إلا الفرس، فإنه يكره عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يكره.

وأما المستوحش: فيحرم منه كل ذي مِخْلَبٍ ونَابٍ، ويحل ما سواه.

ويكره أكل الحشرات كلها.

ونحن نُبَيِّنُ ذلك فصلاً فصلاً في موضعه من الكتاب[١].

قال أبو الحسن رحمه الله: ذكر ما أحل الله تعالى من ذلك في كتابه، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَـٰمَ خَلَقَهَا ۗ لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَـٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [النحل: ٥]، ﴿وَذَلَّلْنَـٰهَا لَهُمْ فَمِنْهَا رَكُوبُهُمْ وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ﴾ [يس: ٧٢]، وقال: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَـٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا ۚ كُلُوا۟ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [الأنعام: ١٤٢]، فالحَمُولة: الكبار منها، والفَرْش: الصغار.

والأنعام: الإبل، والبقر، والغنم، لا أعلم خلافًا في أن اسم الأنعام واقع على ما سمّيناه، فهذه الآيات قد دلت على إباحة أكل الأنواع الثلاثة، وقد دل عليها الإجماع.

قال: وما عدا الأنعام من البهائم الإنسية فلا يجوز أكله، لا يجوز أكل الخيل ولا البغال ولا الحمير، وهذا قول أبي حنيفة.

---

(١) انظر: الأصل ٥/٣٩٣.

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك، إلا في لحوم الخيل، فإنهما قالا: لا بأس بذلك، أما الحُمُرُ الأهلية، والبِغَالَ، فلا يجوز أكلها[1].

وحكي عن بشر المرسي أنه قال: لا بأس بأكل الحمار.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨]، وهذه الآية خرجت مخرج الامتنان، فلو جاز أكلها لذكره؛ لأن النعمة في الأكل أكثر من النعمة في الركوب.

وقد روى أبو حنيفة، عن نافع، عن ابن عمر قال: (نهى رسول الله ﷺ عام غزوة خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وعن متعة النساء)[2].

وروى مالك عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن أبيهما عن علي رضوان الله عليه: **(أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية)**[3].

وبهذا الإسناد، أن عليًا رضوان الله عليه قال لابن عباس وهو يفتي الناس في المتعة: **(إن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر)**[4].

وروي أن النبي ﷺ قيل له يوم خيبر: أُكلتِ الحُمُرُ، فأمر أبا طلحة فنادى: إن رسول الله ﷺ ينهاكم عن لحوم الحُمُرِ، فإنها رِجْس.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٩٦.
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٧٨).
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٧).
(٤) أخرجه البخاري (٦٥٦٠).

والذي روي أن عائشة سئلت عن لحوم الحمر، فتلت قوله تعالىٰ: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ الآية [الأنعام: ١٤٥]، فقد احتجت بآية عامة اتفق علىٰ تخصيصها، فالرجوع إلىٰ دليل التخصيص أولىٰ.

والذي روي عن عمرو بن دينار قال: قلت لجابر بن زيد: إنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهىٰ عن لحوم الحمر الأهلية، قال: كان الحكم بن عمرو [الغفاري] يقول ذلك [عندنا] بالبصرة، وأبىٰ ذلك الخبر ـ يعني ابن عباس ـ، فقد روي عن ابن عباس خلاف ذلك، وهو أنه احتج في المنع من أكل الخيل بالآية، وهذا يقتضي المنع من أكل الحمر.

والذي روي أن رجلاً جاء إلىٰ النبي ﷺ فقال: فني مالي كله، فلم يبق إلا الحُمُرُ الأهلية، فقال ﷺ: «**كُلْ من سمين مالك، فإني كنت نهيتكم عن جوالي القرية**»[(١)]، فيحتمل أن يكون المراد به: كُلْ من أثمانها، كما يقال: أكل فلان عقاره، يعني أكل ثمنه، ولا يجوز أن يحمل نهيه ﷺ يوم خيبر عن أكل الحمر لأنها لم تخمس؛ لأن ما يحتاج إليه الجند للأكل لا يخمّس، ولا يخرج من الخُمس.

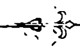
ولا يجوز أن يكون لقلة الظَّهْر؛ لأن النبي ﷺ أمر بأن تكفأ القدور؛ وذلك لا ينتفع به في الظهر، ولا يجوز لأنها كانت جلاله؛ لأنه خصّ النهي بالحمر الأهلية، وهذا المعنىٰ يؤثر في الحُمُر وغيرها.

فأما لحوم الخيل، فقال أبو حنيفة: يكره أكلها، وقالا: لا يكره، وبه قال الشافعي[(٢)].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، (١٢٣/٥)؛ والطبراني في الكبير، (٢٦٧/١٨).

(٢) انظر: الأم ص٤٣٠؛ رحمة الأمة ص٩٨.




لأبي حنيفة: الآية، وقد بيّنا وجه الدليل منها، وروىٰ خالد بن الوليد قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير[1].

وروىٰ المقدام بن معد يكرب: أن النبي ﷺ قال: «**حرام عليكم الحمار الأهلي، وخيلها وبغلها، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطيور**»[2]؛ ولأنه ذو حافر أهلي كالحمار.

ولأن نتاجه لا يؤكل، وهو البغل، وأكل النتاج معتبر بأمه، ألا ترىٰ أن الحمار الوحشي لو نزىٰ علىٰ الأهلي لم يؤكل ولده، وإذا كان المعتبر بالأم، دل تحريم البغل علىٰ تحريمها.

وجه قولهما: ما روىٰ أنس بن مالك قال: أكلنا لحم فرس علىٰ عهد رسول الله ﷺ، وعن جابر بن عبد الله قال: (**نهىٰ رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في الخيل**)[3].

فأما الدليل علىٰ إباحة الدجاج: إجماع الأمة علىٰ ذلك.

ومن هذا النوع المستأنس من البط الكسكري التي لا يتوحش، وهو في حكم الدجاج في الإباحة بالإجماع.

قال أبو الحسن: فأما الصيد فذكره الله ﷻ، فأباح اصطياده بقوله تعالىٰ:

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرىٰ بلفظ (لا يحل) (٤٨٤٣)؛ والدارقطني في السنن ٤/٢٨٧؛ والطبراني في الكبير ٤/١١٠.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٠٦)؛ الترمذي (١٤٧٨) وقال: «حسن غريب»؛ والنسائي في الكبرىٰ (٤٨٤٤).

(٣) أخرجه البخاري (٥٢٠١) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٩٣٨) ومواضع.

﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦]، فأحل اصطياد ما في البحر عامًا للحلال والحرام، وحرّم صيد البر على المُحْرِمِ، وأحله للحلال، فكذلك قوله: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢]، فيه إحلال الاصطياد، وليس في الموضعين جميعًا [٢٩٩/أ] ذكر ما يؤكل منه وما لا يؤكل، وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ بحظر بعض ذلك، ووقع الإجماع على إباحة بعضه.

وهذا الذي قاله صحيح؛ لأن [الآيات] دلت على إباحة الاصطياد، ولم تدل على إباحة الصيد، وقد يباح اصطياد ما لا يؤكل لينتفع بجلده وَوَبَرِهِ وعَظْمِهِ، فلم يكن في الآية دلالة على إباحة الأكل.

قال: والظِّبَاء، وبَقَرُ الوَحْش، وحُمُرُ الوَحْش، والسَّمُّور، والإبل حلال، لا اختلاف في ذلك بين المسلمين.

وقد دل على إباحة الحمر الوحشية، أن النبي ﷺ لما سئل يوم خيبر عن لحوم الحمر، قال: «**الأهلية**»، فقيل له: نعم، وهذا يدل على اختلاف الوحشية والأهلية، وأن النبي ﷺ مرّ بالرَّوْحَاء بحمار وحش عقير، فتبادر إليه أصحابه، فقال: «**دعوه فسيأتي صاحبه**»، فجاء رجل من بهز فقال: هذه رميتي يا رسول الله، وهي لك، فأمر النبي ﷺ أبا بكر فقسمه بين الرفاق[1]][2] فإذا كان الحمار الوحشي مباحًا، وإن كان نظيره من الأهلي محرمًا، كانت الظباء والبقر التي

(١) أخرجه النسائي في المجتبى (٩٢٩٢)؛ ومالك في الموطأ (٧٨١)؛ وابن حبان في صحيحه ٥١٢/١١؛ والهيثمي في موارد الظمآن، وقال الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح»، مجمع الزوائد ٢٣٠/٣؛ وأحمد في المسند، (٤١٨/٣).

(٢) الزيادة من م، ح.

نظيرها من الأهلي مباحة أولىٰ بالإباحة.

قال: وحرم رسول الله ﷺ كل ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطير، والحديث عن رسول الله ﷺ في ذلك مشهور.

وقد ذكره أبو الحسن رحمه الله بعد هذا عن ابن عباس: **(أن النبي ﷺ: نهىٰ عن كل ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطير)**(1).

وروت أم حبيبة رضي الله عنها بنت العرباض عن أبيها، **(عن النبي عليه السلام أنه نهىٰ عن كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مِخْلب من الطير، وعن المُجَثَّمة، وأن توطأ الحبالىٰ حتىٰ يضعن ما في بطونهن)**(2).

وروىٰ محمد بن [أبان] الأنصاري: **(أن رسول الله ﷺ لعن يوم خيبر عشرة، وحرّم خمسًا: لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه(3)، والواشمة والمستوشمة، والواصلة والموصلة، ومانع الصدقة، وحرّم: الخلسة والنهمة والمجثمة(4) والحمار الأهلي، وكل ذي ناب من السباع)**.

[وروىٰ أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«أكل ذي ناب من**

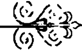
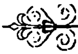
---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٣٤).

(2) أخرجه البخاري بلفظ (كل ذي ناب من السباع) (٥٤٤٤)؛ ومسلم بزيادة (كل ذي مخلب من الطير) (١٩٣٤)؛ والترمذي في سننه (١٤٧٤)؛ والحاكم في المستدرك، (١٤٣/٢) باللفظ الوارد في الكتاب.

(3) حديث آكل الربا في مسلم (١٥٩٧)؛ وحديث الوشم في البخاري (٢١٢٣)؛ والحاكم في المستدرك، ١٤٧/٤.

(4) في م (الخاطفة والمنتهبة).

السباع حرام»][(١)].

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: فذو الناب من السباع: الأسد، والذئب، والنمر، والفهد، والثعلب، والضبع، والكلب، والسنور البري والأهلي، فهذا محرم بما جاء (**عن رسول الله ﷺ عن نهيه في كل ذي ناب من السباع**)[(٢)].

وهذه الجملة لا خلاف فيها، إلا في الضبع، فإن الشافعي قال: إنه مباح[(٣)].

وقد دل علىٰ تحريمه الخبر، ولأنه سبع ذو ناب كالكلب والخنزير؛ ولأنه سبع يتناول الجيف كسائر السباع.

والثعلب حرام أيضًا بهذا الخبر؛ لأنه سَبُعٌ ذو ناب من السباع كالذئب.

فأمّا المجثمة التي ذكرها النبي ﷺ في الخبر[(٤)]، قد وردت بالفتح والكسر، فالمجثمة بالفتح: كل صيد جثم عليه الكلب حتىٰ مات غمًّا[(٥)]، والمجثمة [بالكسر]: كل شيء عادته أن يتجثم[(٦)] علىٰ الصيد مثل الكلب والذئب[(٧)].

وقد روي عن النبي ﷺ: (**أنه نهىٰ عن الخطفة**)[(٨)] وعما يختطف في الهواء

---

(١) الزيادة من ح، وساقطة من أ، ح.

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٠٧) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٩٣٢).

(٣) انظر: الأم ص٤٢٨؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٥١.

(٤) «في الحديث (نهىٰ عن المجثمة) هي بالفتح: ما يُجَثَّم [ما يقيد]، ثم يرمىٰ حتىٰ يقتل».

(٥) قال المطرزي «دَقًّا لا جرحًا».

(٦) في م، ح (يجثم).

(٧) وخطأ المطرزي: هو المعني بقوله: «ليس بذاك، والحق هو الأول». المغرب (جثم).

(٨) أخرجه الطبري في تهذيب الآثار، (٦١١/٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٣٣/٩؛ والدارمي في السنن، ١١٦/٢؛ وأبو عوانة في مسنده، ١٨/٥.

مثل الباز والحدأة [ونحوهما].

ونهىٰ عن النهبة، وهو ما ينتهب علىٰ الأرض مثل الذئب [ونحوه][(١)].

قال أبو الحسن: [وكره][(٢)] أصحابنا مع ذلك من الصيد: لحم الفيل؛ لأنه من ذوات الناب كسائر السباع، وكرهوا الدُّبَّ والقِرد؛ لأنها من جملة المسوخ، وذلك محرم لما روي: (أنه ﷺ سئل عن الضَّبّ فقال: «**إن أُمّةً مسخت في الأرض، فإني أخاف أن يكون منها**»)[(٣)]، فدل [بذلك] علىٰ تحريم المسوخ.

قال: [وكرهوا][(٤)] أكل الضب، وقال الشافعي: لا يكره[(٥)].

لنا: ما روي عن عائشة: (**أن النبي ﷺ أهدي إليه لحم ضَبٍّ فامتنع أن يأكله، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها إياه، فقال لها: «أتطعمين ما لا تأكلين»**)[(٦)].

ولا يجوز أن يحمل امتناعه علىٰ أن نفسه عافته؛ لأنه لو كان كذلك لما منع

---

(١) في أ (ولحومها، ولحمه) والمثبت من م، ح.

(٢) في أ (وذكره) وفي ج (ذكر) والمثبت من م.

(٣) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٤٨٣٣)؛ وابن ماجه (٢٣٤٠)؛ والإمام أحمد في المسند، (٤/٢٢٠)؛ وقال الهيثمي: «رواه البزار وأحمد ـ (من حديث حذيفة).. ورجاله رجال الصحيح»، ٤/٣٧.

(٤) في أ (ويكره) والمثبت من م، ح.

(٥) انظر: الأم ص٤٢٩؛ رحمة الأمة ص٢٥١.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة بلفظ (لا تطعمي السوال...)، ٥/١٢٣؛ والطبراني في الأوسط بلفظ (أتتصدقين...)، ٢/٢٣١؛ وقال الهيثمي: «وفيه خالد القسري، وفيه كلام» مجمع الزوائد، ١١٣/٣، وقال في موضع آخر: «رواه أحمد وأبو يعلىٰ، ورجالهما رجال الصحيح»، ٤/٣٧.

من التصدق به ، ألا ترىٰ أنه لما امتنع من أكل شاة الأنصاري أمر بالتصدق بها .

وروىٰ عنه عبد الرحمن بن حَسَنة قال: كنا في بعض المغازي ، فأصابتنا مجاعة ، فنزلنا في أرض كثيرة الضِّبَاب ، فنصبنا القدور ، وكانت القدور لتغلي إذ جاء النبي ﷺ فقال: «**ما هذا؟**» فقلنا: الضَّبُّ يا رسول الله ، فقال: «**إن أُمَّةً مُسِخَت ، فأخاف أن تكون هذه منها**» ، وأمر بإكفاء القدور ، ولأنه من حشرات الأرض [كسائر الحشرات] .

والذي روىٰ ابن عمر: أنَّ النبي ﷺ قال له: «**لم يكن بأرض قومي ، فأجد نفسي تعافه**)[1] ، **فلا آكله ولا أحرمه**» .

وروىٰ ابن عباس قال: أُكِلَ علىٰ مائدة رسول الله ﷺ[2] ، فهذا يفيد الإباحة ، وما ذكرناه يفيد الحظر ، فهو أولىٰ .

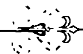
قال: وكذلك اليربوع ، وابن عرس من سباع الهوام ، وكرهوا أكل جميع الهوام مما يكون سكناه في الأرض ، والجُرَذُ من الفَأرِ ، والأوزاغ والسام أبرص ، والعضاية ، والقنافذ ، والدود ، والحَيَّات ، وجميع هوام الأرض .

قال بشر بن الوليد عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: أكره أكل الهوام كلها ، وقال أبو يوسف مثل ذلك ، ولا أعلم بين أصحابنا في ذلك خلافًا ؛ وذلك لأن الهوام مستخبثة ، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] ؛ ولأنها تتناول النجاسات في الغالب ، وذلك من أسباب الكراهة .

---

(١) إلىٰ هنا أخرجه البخاري (٥٠٧٦) ؛ ومسلم (١٩٤٦) .

(٢) كما في الصحيحين .

قال: وكل ما لا دم له فهو مكروه عندهم أكله، إلا الجراد، وكرهوا الدبيب كله، والزنبور، والذباب، وسائر ما لا دم له؛ وذلك لأن هذا كله مستخبث، فيدخل في قوله تعالىٰ: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وأما الجراد فقد دل علىٰ إباحته النص، وهو قوله ﷺ: «**أحلت لنا ميتتان ودمان: السَّمَك والْجَرَاد، والْكَبِد والطِّحال**»[(١)]، واجتمعت الأُمَّة علىٰ إباحته[(٢)].

وكرهوا ذا المِخْلَبِ من الطير: والبازي، والنسر، والعقاب، والشاهين [وما أشبه ذلك]، وكرهوا أكل الرخم والبغاث، وما أكل الجيف من الطير مثل الغراب الأبقع والأسود الذي يأكل الجيف، وقد دل علىٰ تحريم ذلك (نهيه ﷺ عن كل ذي مخلب من الطير).

فأما الغراب الذي يأكل الجيف، فيكره، ولا بأس بما يأكل الحب، وهو الذي يشبه الزاغ.

قال أبو يوسف: فإن كان غرابًا يخلط فيأكل الجيف ويأكل الزرع، فإنه لا يؤكل.

قال أبو يوسف: وأما الذي رخّصت في أكله، فإن له خلقة وهيئة مخالفة للغراب في صغره، وأنه يدخر في المنازل ويألف كما يألف الحمام ويطير ويرجع.

وروىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن أكل

---

(١) أخرجه أحمد في المسند، (٩٧/٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، (٢٥٤/١)؛ والشافعي في مسنده، (٣٤٠/١). قال ابن حجر: «روي عن زيد أسلم موقوفًا، قال: وهو أصح..»، وتكلم في بعض رواته. انظر: التلخيص، (٢٦/١).

(٢) انظر: الأصل، ٣٦٩/٥.

الغراب، فرخّص في غراب الزرع، وكره الغراب الأسود.

وسألته عن الأبقع، فكره ذلك؛ لأنه يأكل الميتة.

قال: والأصل في تحريم الغُداف، والغُراب الأبقع: ما روىٰ [هشام] بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال: مَنْ يأكله بعدما سماه رسول الله ﷺ فاسقًا ؟! ، يعني قوله: «**خمس فواسق يقتلهن المُحْرم في الحِلِّ والحَرَم**»[(١)]؛ لأن غالب أكلها الجيف.

قال أبو يوسف: وسألت أبا حنيفة عن العَقْعَق فقال: لا بأس به، فقلت: إنه يأكل الجيف، فقال: إنه يخلط بشيء آخر، فحصل من قول أبي حنيفة أنّ ما يخلط لا يكره [٢٩٩/ب] أكله، بدلالة الدجاج.

وقال أبو يوسف: يكره؛ لأن غالب أكله الجيف.

قال: ولم يروا بأسًا بأكل الأرنب، قال عمّار: كنا عند رسول الله ﷺ فأهدىٰ له أعرابيٌ أرنبةً مشويةً، فقال لأصحابه: كلوا، وذكر حديثًا طويلاً.

وعن محمد بن صفوان، أو صفوان بن محمد قال: أصبت أرنبتين، فذبحتهما بمروة، وسألت عن ذلك رسول الله ﷺ، فأمرني بأكلهما[(٢)].

قال أبو يوسف: فأما الوَبرَ فلا أحفظ عن أبي حنيفة فيه شيئًا، وهو عندي مثل الأرنب، وهو يأتلف البقول والنبت؛ وذلك لأن الأشياء علىٰ الإباحة إلا ما

---

(١) الحديث أخرجه الشيخان: البخاري (٣١٣٥)؛ مسلم (١١٩٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٢٢)؛ النسائي (المجتبىٰ) (٤٣١٣)؛ ابن ماجه (٣١٧٥). انظر: التلخيص، ٤/١٥٢.

قام دليل حظره.

قال أبو يوسف: في السِّنْجَاب، والقُنْفُذ، والسَّمُّور، والدَّلَق، كل شيء من هذا سَبُعٌ مثل الثعلب، ومثل ابن عِرْسٍ لا يؤكل لحمه؛ وذلك لأنه من ذوات الناب، فيدخل في عموم الخبر.

قال: وكره أصحابنا كل مما كان في البحر إلا السمك خاصة، فإنه حلال أكله، إلا ما طفا منه، فإنهم كرهوه.

قال: والأصل في إباحة السمك: قوله ﷺ: «**أحلت لنا ميتتان ودمان، السمك والجراد**»(١).

قال الشافعي: لا يكره، وله في الضفدع قولان(٢).

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، وهذا عام في خنزير البَرَّ والبحر.

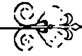
وروي أنه سئل عن الضفدع يُجعل [شحمه](٣) في الدواء، فنهىٰ عن قتل الضفادع، وروي أنه قال: «**خبيثة من الخبائث**»؛ ولأن الحيوان المتوحش في

---

(١) أخرجه ابن ماجه بلفظ (فأما الميتتان: فالحوت والجراد، وأما الدمان: فالكبد والطحال) (٣٣١٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١/٢٥٤؛ وأحمد في المسند ٢/٩٧، كلهم مرفوعًا عن ابن عمر؛ وقال ابن حجر في التلخيص: «عن زيد بن أسلم موقوفًا، قال: وهو أصح، وكذا صحح الموقوف أبو زرعة وأبو حاتم»، وقيل في السند غير ذلك، انظر: ١/٢٦.

(٢) قال النووي: «حيوان البحر: السمك، منه حلال كيف مات، وكذا غيره في الأصَحّ، وقيل: لا ...، وما يعيش في بَرٍّ وبحر كضفدع وسرطان وحية، حرام». المنهاج ص٥٣٩. انظر: رحمة ص٩٩ (العلمية).

(٣) في أ (مخه) والمثبت من ب.




أصل خلقته في البحر والبر، فإذا كان ما يسكن البَرَّ فيه ما هو مباح وفيه ما هو محظور، فما يسكن البحر مثله، هذا إن لم يسلموا الضفدع، وإن سلموه قسنا عليه بقية الحيوان، بعلة أنه من حيوان البحر غير السمك، فكان مكروهًا كالضفدع.

وأما الطافي، فعندنا أن ما مات من السمك بسبب حادث أُكل، وما مات حتف أنفه، لم يؤكل.

وقال الشافعي: يؤكل في الوجهين جميعًا[1].

لنا: ما روى محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله **(أن النبي ﷺ نهى عن أكل الطافي)**[2]، وعن علي رضوان الله عليه أنه قال: لا تبيعوا في أسواقنا الطافي، وعن ابن عباس أنه قال: ما دَسَره البحر فكله، وما وجدته يطفو على الماء فلا تأكل؛ لأنه حيوان له دم سائل، فإذا مات حتف أنفه لا يؤكل كحيوان [البر][3].

فإن مات من الحر أو البرد أو كدر الماء، ففيه روايتان: أحدهما أنه يؤكل؛ لأنه مات بسبب حادث، فهو كما لو ألقاه الماء على اليابسة[4].

والرواية الأخرى: لا يؤكل؛ لأن الحر والبرد صفة الزمان، وليستا من حوادث الموت في الغالب.

وقد قالوا في سمك ابتلعت سمكة: أنها تؤكل [المبلوعة ما لم تنتن]؛ لأنها ماتت بسبب حادث.

---

(١) انظر: الأم ص٤١٥.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود (٣٨١٥)؛ والبيهقي في الكبرى، (٩/٢٥٥).

(٣) في أ (البحر) والمثبت من م.

(٤) في م (الشط).

وروىٰ هشام عن محمد: في السمكة إذا كان بعضها في الماء وبعضها علىٰ الأرض، إن كان رأسها علىٰ الأرض، أُكِلَت ؛ لأنه موضع نفسها، فإذا كان خارجًا من الماء، فالظاهر أنها ماتت بسبب، وإن كان رأسها [في الماء والأكثر علىٰ الأرض أكلت ؛ لأن للأكثر حكم الكل، وإن كان] أكثرها في الماء لم تؤكل ؛ لأنه موضع لحياتها، فالظاهر أنها ماتت بغير سبب.

قال: وأصناف السمك كله عندهم حلال، الجرّيث منه، والمارما هي وسائر أصنافه لا بأس بذلك كله عندهم ؛ وذلك لقوله ﷺ: «**أحلت لنا ميتتان**»، وذكر السمك، وهو عام في كل أنواعه، وقد روي عن علي وابن عباس: إباحة الجرّيث، وليس عن غيرهما خلافه(١).

قال: واختلف الناس في جنين الناقة إذا خرج بعد ذبحها ميتًا، فأجاز بعضهم أكله، ومنع منه بعض، وكان ممن حظره من أصحابنا وحرمه أبو حنيفة، وزفر، والحسن بن زياد.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأكله إذا تمَّ خَلْقُه، وأما إذا لم يتم خلقه، فإنه لا يؤكل.

لأبي حنيفة: أنه حيوان له دم سائل، فإذا مات من غير جرح يحل فيه أو من جنس الحيوان الذي [شرطت] فيه الذكاة، فإذا مات من غير عقر فيه، لم يؤكل، كالمُتَرَدِّي في البئر ؛ ولأن ذكاة حيوان لا يكون ذكاةً لغيره، كالشاتين إذا وقعتا في بئر إحداهما فوق الأخرىٰ ؛ ولأنه يحتمل أن يكون مات بسبب الذبح، ويحتمل أن يكون مات قبل ذلك، فلا يحل أكله بالشك.

---

(١) انظر: الأصل، ٥/٣٧٠.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «**ذكاة الجنين ذكاة أمه**»[1]؛ ولأن الحيوان في حكم جزء من أجزاء الأم؛ بدلالة أنه يدخل في بيعها، ويعتق بعتقها، ويصير مذكاة بذكاتها كسائر أجزائها[2].

الجواب: أما الخبر، فقد روي ذكاة [الجنين ذكاة أمه، بنصب التاء][3]، ومعناه: كذكاة أمه، فنصب لنزع الخافض، كقوله تعالى: ﴿يَنظُرُونَ إِلَيْكَ نَظَرَ ٱلْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ مِنَ ٱلْمَوْتِ﴾ [محمد: ٢٠]، فهذا يدل على تساويهما في الذكاة.

وقد روي بالرفع، ومعناه: التشبيه أيضًا، قال الله تعالى: ﴿وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلْأَرْضُ﴾ [آل عمران: ١٣٣]، فاقتضى الخبر أن الجنين يذكى كما تذكى الأم.

فأما اعتباره بالأجزاء، فهو مفارق للأجزاء من وجه؛ بدلالة أنه يبقى حيًّا [بعد الذبح لأمه][4]، وينفرد عنها بالعتق، فلم يكن ما ذكروه بشبه الأجزاء أولى من الشبه بغيرها.

وإنما شرطا أن يكون كامل الخلقة؛ لأنه إذا لم يكمل خلقه، فهو كالمضغة والدم، فلا يحل أكله.

وذكر أبو الحسن بعد هذا حديث أنس بن مالك: أن رسول الله ﷺ قال له

(١) أخرج أبو داود (٢٨٢٨)، والترمذي (١٤٧٦) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٣١٩٩)؛ وابن حبان ١٣/٢٠٧؛ والبيهقي في الكبرى ٩/٣٣٤.

(٢) في م (أعضائها).

(٣) في أ (بالنصب) فقط والمثبت من م.

(٤) في أ (بعد حياتها) والمثبت من م.

رجل يوم خيبر: أكلت الحمر، أو أفنيت الحمر، فقال: «**إن الله ﷻ ينهاكم عن لحوم الحمر فإنها رجس**»[١].

وروي عن رسول الله ﷺ النهي عن لحوم الإبل الجلّالة، وعن أكل المجَثمة: وهي التي ترمىٰ حتىٰ تجثم فتموت.

أما الجلَّالة: فهي التي الأغلب من أكلها النجاسة[٢]، فنهىٰ رسول الله ﷺ عن أكلها؛ لأنها تستقذر، كالطعام المنتن، وروي أنه نهىٰ عن الجلالة أن تشرب ألبانها؛ لأن لحمها إذا تغير، تغيّر لبنها، ونهىٰ أن يحج عليها، وأن يعتمر عليها، وأن يغزىٰ عليها، أو ينتفع بها فيما سوىٰ ذلك، وهذا محمول عندنا علىٰ أنها تنتن في نفسها، فمنع من استعمالها حتىٰ لا يتأذىٰ الناس برائحتها[٣].

وأما الدَّجَاج، فإنما لم يكره أكلها وإن تناولت النجاسة؛ لأنه لا يغلب عليها أكلها، وإنما يخلطها بغيرها، وقد قيل: إنها لم تمنع منها؛ لأنها لا تنتن كما تنتن الإبل، والحكم يتعلق بهذا المعنىٰ.

وقد قال أصحابنا في جَدْي ارتضع بلبن خنزير حتىٰ كبر: إنه لا يكره أكله؛ لأن لحمه لا يتغير بذلك، فدل علىٰ أن المانع في الجلّالة إنما هو للتغيّر دون تحريم النجاسة. [٣٠٠/أ]؛ ولهذا قالوا: إذا خلطت لم يكره؛ لأنها لا تنتن.

قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: تحبس الجلَّالة ثلاثة أيام، والجلالة التي

(١) وبلفظه أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٤٨٥٢)، وفي المجتبىٰ (٤٣٤٠)؛ والبخاري في صحيحه بلفظ (إن رسول الله ﷺ ينهاكم عن لحوم الحمر...) (٣٩٤٠).

(٢) انظر: المغرب (جلل).

(٣) انظر: الأصل ٣٩٥/٥.

تأكل العَذِرة، فإذا خلطت فليست بجلّالة، وكذلك قال أبو يوسف.

قال هشام: قلت لأبي يوسف: الدجاجة هل تحبس إذا أراد ذبحها؟ قال: لا؛ لأنها تخلط.

قال ابن رستم عن محمد: في البقرة[1] الجلالة، والشاة، والبعير الجَلَّال، إنما يكون جَلَّالاً إذا نتن وتغيّر ووُجدت منه ريح منتنة، فهي الجلالة حينئذٍ، لا يشرب لبنها، ولا يؤكل لحمها، وبيعها وهبتها جائز.

وكان أبو حنيفة لا يوقت في حبسها [وقتًا]، ويقول: تحبس حتىٰ تطيب، وهو قوله أيضًا.

قال: وأما الدجاجة، فإنها لا تكون جلَّالة؛ لأنها لا تتغير ولا تنتن، وإنما قلنا إن الجلالة إذا حبست زالت الكراهة؛ لأن التغيير يزول بحبسها، ألا ترىٰ أنه يذهب ما في جوفها من النجاسة، فإذا زال المعنىٰ الموجب للكراهة، زال الحكم.

ولم يوقت أبو حنيفة في رواية محمد؛ لأن ذلك إذا وقف علىٰ زوال النتن، وجب اعتبار ذلك دون غيره.

وقدّره في رواية أبي يوسف: بثلاثة أيام علىٰ الغالب من حالها، وقد روي أن النبي ﷺ: **(كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله)**[2]، وهذا عندنا علىٰ طريق التنزه، فيجوز أن يكون ذهب في هذه الرواية إلىٰ هذا الخبر. [والله أعلم][3].

---

(١) في م (الناقة).

(٢) الحديث أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح عن ابن عمر موقوفًا، ٨/٥٥.

(٣) انظر: الأصل ٥/٣٦٩ وما بعدها؛ متن القدوري ص ٤٩٦.

بَابُ
صِفَةِ الذَّكَاةِ

قال أبو الحسن رحمه الله: ما أباحه الله تعالىٰ من الأنعام وغيرها من الصيد، فإنما أباحه مُذَكًّىٰ، مذكورًا اسم الله تعالىٰ.

قال الشيخ رضي الله عنه: وجملة هذا: أن الحيوان المشروط فيه الذكاة علىٰ ضربين: مقدور علىٰ ذبحه، وغير مقدور [علىٰ ذبحه]، فما كان مقدورًا [عليه]، فذكاته في محل مخصوص، سواء كان من جنس الوحش أو الأنعام، وما لم يكن مقدورًا [عليه] فذكاته العقر(١) في أي مكان حصل منه، وسواء كان من الوحش أو من الأنعام.

والأصل في تعلق الإباحة بالذكاة قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، فشرط الإباحة الذكاة.

وأما اعتبار التسمية؛ فلأن الذكاة في الشرع وردت مشروطة بالتسمية، قال الله تعالىٰ: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤].

قال: والذكاة في اللَّبَّة(٢) فما فوق ذلك إلىٰ اللحية.

قال محمد في الجامع الصغير: لا بأس بالذبح(٣) في الحلق كله، أسفل

---

(١) والعقر من «عَقَره عَقْرًا: جرحه، وعقر الناقة بالسيف: ضرب قوائمها». المغرب (عقر).

(٢) «اللَّبَّة: المَنْحَر من الصدر». المغرب (لبّ).

(٣) في م (بالذكاة).




الحلق وأوسطه وأعلاه[(١)]؛ وذلك لقوله ﷺ: «**الذكاة في الحلق واللبة**»[(٢)]، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الذكاة ما بين اللَّبَّة واللِّحْيَيْنِ**»[(٣)]، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب؛ ولأن المقصود من الذبح قطع العروق المشروطة، وهذا موجود في جميع الحلق.

قال: والذكاة: فَرْيُ الأوداج، والأوداج[(٤)] أربعة: الحلقوم[(٥)]، والمريء[(٦)]، والعِرقان اللذان بينهما الحلقوم والمريء[(٧)]، فإذا أفرىٰ [المذكي] ذلك أجمع، فقد أكمل الذكاة المأمور بها علىٰ تمامها وسننها.

فإن قصّر عن ذلك، ففرىٰ من هذه الأربعة ثلاثة، فإن بشر بن الوليد روىٰ عن أبي يوسف: أن أبا حنيفة قال: إذا قطع أكثر الأوداج، أكل، وإذا قطع [ثلاثة منها][(٨)]، أكل من أي جانب كان، وعلىٰ أي وجه كان، وكذلك قال أبو يوسف[(٩)].

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٥٤١.

(٢) قال ابن حجر في حديث أبي هريرة مرفوعًا: «وإسناده واهٍ، وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر مثله موقوفًا»، ٢/٢٠٧؛ وأخرج البخاري موقوفًا عن ابن عباس، كما في باب النحر والذبح قبل (٥١٩١).

(٣) قال الزيلعي عن الحديث: «غريب بهذا اللفظ» وذكر الحديث السابق، نصب الراية، ٤/١٨٥؛ وقال ابن حجر أيضًا: «لم أجده» وذكر حديث أبي هريرة السابق، الدراية، ٢/٢٠٧.

(٤) الوَدَج ـ بالتحريك ـ: عَرَق في العُنق، ينتفخ عند الغضب، والودجان: العَرَقان الغليظان في العنق، بينهم الحلقوم والمريء: «وهو الذي يقطعه الذابح، فلا تبقىٰ معه حياة». معجم لغة الفقهاء؛ الوجيز (ودج).

(٥) «الحُلْقُوم: تجويف الفم، وفيه ست فُتُحات: فُتْحة الفم الخلفية، وفُتحتا المنخرين، وفُتحتا الأذنين، وفتحة الحنجرة: وهي مجرىٰ الطعام والشراب والنفس». الوجيز (حلق).

(٦) المِرَيء: مجرىٰ الطعام والشراب من الحلق إلىٰ المعدة». معجم لغة الفقهاء (المريء).

(٧) انظر: المصباح (ذكي).

(٨) في أ (ثلثيها) والمثبت من م.

(٩) انظر: مختصر القدوري ص٤٩٤.

ثم قال أبو يوسف بعد ذلك: لا يأكل حتىٰ يقطع الحلقوم والمريء وأحد العِرْقَيْن، وذلك كله سواء في الإبل، والبقر، والغنم، والصيد، وكل ذبيحة، وكذلك الناقة ينحرها الرجل، فهي كذلك في القولين جميعًا.

وقد كان أبو الحسن يحمل قول أبي حنيفة في الأكثر على الأكثر من كل واحد من العروق الأربعة، وظاهر ما ذكره من الرواية بخلاف ذلك.

وذكر أبو الليث عن محمد: أنه اعتبر الأكثر من كل واحد من الأربعة.

وقال الشافعي: يعتبر قطع الحلقوم والمريء دون العرقين(١).

لأبي حنيفة على ظاهر الرواية: أنه قطع الأكثر من العروق الأربعة، فصار كما لو قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين؛ ولأن الأكثر في الأصول يقوم مقام الجميع، [والذكاة بنيت على التوسعة، فقام الأكثر من العروق مقام جميعها](٢).

فأما الكلام على الشافعي؛ فلأنه إذا لم يقطع أحد الودجين بقي الحيوان أكثر من بقاء [المقطوع](٣)، فصار كما لو لم يقطع الحلقوم والمريء.

وجه ما ذكره أبو الحسن: أنه إذا قطع الأكثر من كل واحد، فقد حصل المقصود بالذبح، ألا ترىٰ أنه يخرج منه ما يخرج إذا قطع جميعه؛ ولأن اليسير لا [يحترز](٤) منه، ألا ترىٰ أن الذابح قد يبقي اليسير من العروق، فلا يعتدّ بذلك؛

---

(١) قال الشافعي: «كمال الذكاة بأربع: الحلقوم، والمريء، والوَدَجين، وأقلُّ ما يكفي من الذكاة اثنان: الحُلقوم والمَرِيء». الأم ص٤١٨. انظر: رحمة الأمة ص١٠٢.

(٢) ساقطة من أ وزيدت من م.

(٣) في أ (المذبوح) والمثبت من م.

(٤) في أ (يجري) والمثبت من م.

لأنه في حكم اليسير.

وجه قولهما: أن كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد بالآخر؛ لأن الحلقوم مجرىٰ النَفَس، والمريء مجرىٰ الطعام، والودجين مجرىٰ الدم، فإذا قطع أحد الودجين، حصل بقطعه المقصود منهما، وإذا ترك الحلقوم والمريء، لم يحصل بقطع ما سواه المقصود منه؛ فلذلك اختلفا.

وقال أبو حنيفة: السنة في الإبل النحر، وفي غيرها الذبح.

والأصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]، قيل في التفسير: وانحر البدن، وقال تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، وقال في الغنم: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧]، فدل علىٰ أن الإبل تنحر، والبقر والغنم تذبح؛ ولأن النبي ﷺ نحر الإبل، وذبح البقر والغنم؛ ولأن المعتبر في الذكاة الأسهل علىٰ الحيوان، بدلالة ما روىٰ أبو الأشعث الصنعاني [عن شدَّاد بن أوس] أن النبي ﷺ قال: «**إن الله كتب الإحسان علىٰ كل شيء، فإذا قَتلتم فأحسنوا القِتْلة، وإذا ذَبحتم فأحسنوا الذِّبحة، وليحدّ أحدكم شفرته، وليرِحْ ذَبيحته**»(١)، والأسهل في الإبل النحر؛ لأن اللبة منها ليس عليها لحم، وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف، فأما البقر والغنم فجميع حلقها علىٰ وجه واحد؛ فلذلك لم تنحر.

فإن قيل: روىٰ جابر قال: (**نحرنا مع رسول الله ﷺ البَدَنة عن سبعة، والبَقَرةَ عن سبعة**)(٢) [٣٠٠/ب].

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٥٥).

(٢) أخرجه مسلم (١٣١٨).

قيل له: إن العرب قد تضمر الفعل في الكلام إذا كان في اللفظ دليل عليه، ألا ترىٰ إلىٰ قول الشاعر:

علفتهـــا تبنًـــا ومـــاء بـــاردًا[1] ❊ ....

[معناه: وسقيتها ماءً باردًا، فأضمر الفعل، كذلك هذا].

معناه: نحرنا البدن وذبحنا البقر، وأضمر الفعل.

وقال أبو حنيفة: إن ذبح ما ينحر[2]، أجزأه ذلك، والنحر أحب إليّ، وكذلك قال أبو يوسف.

وقالا: إن نحر شاة، أجزأه، والذبح أحب إلينا.

وقال محمد في الجامع الصغير: لا بأس بأكل الجزور إذا ذبح ذبحًا ولم ينحر، فإن نحرت الشاة أو البقرة ولم تذبح، فلا بأس بأكلها، ولا أحب أن يفعل هذا[3].

وقال مالك: إذا ذبح البدن، لم تحل[4].

لنا: قوله ﷺ: «**أنهر الدم بما شئت**»[5]، وقال: «**ما أنهر الدم وأفرىٰ**

---

(١) والشطر الثاني من البيت (حتىٰ شتت همالة عيناها)، كما في لسان العرب لابن منظور (٢٨٧/٢)؛ وخزانة الأدب لابن الحجة ٢٧٥/٢.

(٢) في م (ناقة).

(٣) وعبارة الجامع الصغير: «ولا بأس بالجزور إذا ذبح، والشاة والبقرة إذا نحرتا» (مع شرح الصدر الشهيد) ص٥٤١.

(٤) قال ابن الحاجب: «فإن نحر ما يُذبح أو بالعكس لضرورة أُكل، كما لو وقع في مهواةٍ، ولغير ضرورة فالمشهور التحريم..» جامع الأمهات ص٢٢٥.

(٥) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٤٤٩١)، وفي المجتبىٰ (٤٤٠١)؛ وأخرجه البخاري بلفظ (ما أنهر=

الأوداج، فكُلْ»[١]؛ ولأنه قطع العروق المشروط قطعها، فكأنه قطعها على الوجه المأمور به.

وقال أبو حنيفة: إن ضرب عنق جزور بسيف، فأبانها وسمّى، فإن كان ضربها من قِبَل الحلقوم، فإنه يؤكل وقد أساء، وإن كان ضربها من قِبَل الظهر، فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل أن يموت، أكل وقد أساء.

وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة؛ وذلك لأنه إذا ضربها من قِبَل الحلقوم، فقد قطع العروق المشترط فيها الذكاة، وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها في الذكاة، فيكره ذلك، ولا يمنع الأكل كما لو جرحها.

وأما إذا ضربها من القفا، فإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل؛ لأنها ماتت قبل الذكاة، وإن قطع العروق قبل موتها فقد فعل[٢] المشترط إلا أنه زاد في ألمها، وذلك مكروه.

قال أبو حنيفة: إن قطع رأس الشاة في الذكاة، أكل، وإن تعمد ذلك فقد أساء، وكذلك قال أبو يوسف، وهذا لما بيناه.

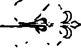
قال: وكل ذكاة [أجزأت][٣] وأكل المذبوح بها مما ليست الذكاة التامة التي ذكرت لك في أول الباب، فإن ذلك مكروه، وإن تعمده المذكي أن زاد عليه أو نقص منه؛ وذلك لأن الزيادة ألمٌ لا يحتاج إليه في الذكاة، فصار كعقرها، ولهذا

= الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه) (٢٣٧٢)؛ ومسلم (١٩٦٨).

(١) هذا الحديث ملفق من حديثين لرافع بن خديج. انظر: نصب الراية ١٨٦/٤.

(٢) في م (فقد وجد الشرط).

(٣) في أ (أجرت) والمثبت من م.

قالوا إذا ذبحها كره له أن يكسر عنقها قبل أن تموت ، وكذلك يكره سلخها قبل أن تبرد ؛ لما في ذلك من زيادة الألم.

وأما النقصان الذي ذكره ، فإنما أراد أن يتعمد ترك شيء من العروق ؛ لأن الذكاة التامة ما استوفى فيها قطع العروق ، فيكره ترك بعضها[1].



(١) انظر: الأصل ٣٩٦/٥ وما بعدها ؛ متن القدوري ص ٤٩٤.

بَابُ
التسميةِ على الذبيحةِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: التسمية على الذبيحة عندنا فرض، لا تصح الذكاة مع تعمد تركها، فإن ترك ذلك على وجه النسيان، صَحَّت الذكاة.

وقال الشافعي: إذا ترك التسمية عمدًا جاز الأكل، وقال مالك: إذا تركها ناسيًا لم تؤكل(١).

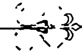
أما إذا تركها عمدًا، فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]؛ ولأن الذكاة وردت في الشريعة مشروطة في التسمية؛ بدلالة قوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]، وقال ﷺ لعدي بن حاتم: «**إذا أرسلت كلبك المُعَلَّم وذكرت اسم الله، فكل، وإن شاركه كلبٌ آخر فلا تأكل، إنما سمّيت على كلبك**»(٢)؛ ولأن ذبح الهدايا قربة شرع في ابتدائها ذكر الله تعالى على وجه المخالفة للمشركين، فكان ذلك شرطًا كتكبيرة الصلاة؛ ولأن المسلمين أشكل عليهم جواز الأكل عند ترك التسمية ناسيًا، فسألوا النبي ﷺ عن ذلك، فلو كان الترك بكل حال لا يمنع من الأكل، لبيّن لهم ذلك في الجواب، ولم يمسك عن بيان الإشكال.

---

(١) «والتسمية سنة عند الشافعي، فإن تركها ولو عامداً لم يحرم.... انظر: الأم ص٤٢٠؛ المنهاج ص٥٣٥؛ رحمة الأمة ص١٠٣.

وقال ابن الجلاب المالكي: «والتسمية شرط في صحة الذبيحة فمن تركها عامداً لم تؤكل ذبيحته وإن تركها ناسياً، أكلت ذبيحته». التفريع ١/٤٠٢.

(٢) أخرجه البخاري (٥١٦٦)؛ ومسلم (١٩٢٩).

وأما الكلام على مالك؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه سُئِل عَمَّن نسي التسمية على الذبيحة، فقال ﷺ: «**اسم الله على لسان كل مسلم**»[(١)]؛ ولأن الناسي غير مخاطب بما نسيه، فلم يترك من فرض عليه عند الذبح؛ فلذلك جاز الأكل.

وليس هذا كنسيان تكبيرة الصلاة؛ لأن الأذكار في الصلاة أدخل منها في التسمية؛ بدلالة أنها تجب ابتداءً وبقاءً؛ فلذلك جاز أن يستوي فيها النسيان والعمد، وليس نسيان التسمية كنسيان بعض العروق[(٢)]؛ لأن التسمية وضعت لمخالفة الكفار، والذبح وُضع لإراقة الدم، ويختلف حكم نفس الشيء، وأركانه، وما جعل شرطًا فيه.

قال: وكذلك الكتابي إذا ترك التسمية عامدًا، لم تؤكل ذبيحته، وإن كان ناسيًا أكلت؛ لأن المسلم إذا لم يجز أكل ذبيحته مع تعمد ترك التسمية، فلأن لا يجوز ذلك في الكتابي أولى.

قال بشر عن أبي يوسف: من حضر ذبيحة الذِّمي، فإن ترك التسمية لم تؤكل، وإن كان غاب عن ذلك أكل؛ لأنه إذا غاب عنه، فالظاهر أنه لا يترك التسمية، فوجب حسن الظن به كالمسلم.

وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة فقال: لا تؤكل ذبيحة الكتابي إذا تعمد ترك التسمية، والتسمية مع الحز[(٣)] الواحد؛ وذلك لأن الحز هو الذبح،

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٤/٢٩٥ وقال: «مروان بن سالم ضعيف»؛ والبيهقي في الكبرى وقال: «هذا الحديث منكر بهذا الإسناد» ٩/٢٤٠.

(٢) في م (الغروب).

(٣) في م (القطع للوح).

والتسمية من شرائط الذبح.

قال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً أضجع شاة ليذبحها، وسمّىٰ ثم بدا له فأرسلها، وأضجع أخرىٰ فذبحها بتلك التسمية الأولىٰ، لم يجزه ذلك ولا يؤكل؛ [لأن] هذا قد ترك التسمية [متعمدًا].

ولو رمىٰ صيدًا وسمّىٰ فأخطأه وأصاب آخر فقتله، فلا بأس بأكله؛ لأن التسمية في الرَّمي علىٰ إرسال السهم والنشابة، وليس علىٰ الإصابة تسمية، ولو كانت التسمية علىٰ الإصابة، لم تجزئه تسمية الإرسال، وكان إذا أراد أن يرمي الصيد، سمّىٰ إذا وقعت النشابة.

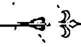
وكذلك إذا أرسل كلبًا، فإنما التسمية علىٰ الإرسال، ليس علىٰ أخذه، ولا بأس بأكله وإن أخذ غير الذي أرسله عليه، فالتسمية علىٰ الذبيحة علىٰ الحزّ نفسه، ليس علىٰ أخذ السكين.

وإذا ترك التسمية عمدًا علىٰ الحزِّ لم يؤكل، وهذا فرق صحيح؛ لأن ذبح المقدور [عليه] يتمكن فيه من التسمية [عند الإصابة][(١)]، فلا معنىٰ لتقدمها.

وأما غير المقدور، فلا يتمكن [فيه] من التسمية عند الإصابة وعند أخذ الجارحة، فاعتبرت التسمية عند الرمي وعند الإرسال الذي هو من فعل المكلف، وصار ذلك الفعل منه كالحزّ في المقدور [عليه]، وعلىٰ هذا التعيين؛ لأنه يقدر أن يسمي علىٰ ذبيحته بعينها، فلزمه تعيين التسمية [٣٠١/أ] [لكل ذبيحة][(٢)]، ولا يقدر

(١) في أ (عند الحزّ) والمثبت من م.

(٢) في أ (لأجل ذبحه) والمثبت من م، ج.

علىٰ تعيين التسمية في الصيد؛ لأن الكلب قد يُرسل علىٰ صيد فيأخذ غيره؛ فلذلك سقط التعيين في الصيد، ووجب في المقدور [عليه].

قال: ولو أن رجلاً ذبح شاةً وسمّىٰ، ثم ذبح أخرىٰ، فظَنَّ أن التسمية الأولىٰ تجزئ عنها، لم تؤكل، ولا بدّ من أن يحدث لكل ذبيحة تسمية.

ولو رمىٰ بسهم فقتل به من الصيد اثنين فلا بأس بذلك، وكذلك كلب أرسله وسمّىٰ فقتل [به] من الصيد اثنين فلا بأس بذلك؛ وذلك لأن الذبح يتجدد فيه الفعل عند كل ذبيحة؛ فلذلك يجب تجديد التسمية.

فأمّا الرمي والإرسال، فهو فعل واحد، وإن كان يتعدىٰ إلىٰ مفعولين، فأجزأ فيه تسمية واحدة، وصار [نظير][1] الصيد من الذبح أن يضجع شاتين ويمرّ السكين عليهما معًا، فيجزئ في ذلك تسمية واحدة.

فإن قيل: ظنه أن التسمية علىٰ الشاة الأولىٰ تجزئ عن الثانية عُذر كنسيان التسمية، قيل [له]: حكم [الجهل][2] مفارق لحكم النسيان؛ بدلالة أن من جهل أن الأكل يفطر[3] الصائم فأكل بطل صومه، ولو نسي صومه فأكل لم يبطل [صومه].

قال: ولو نظر إلىٰ جماعة من الصيد، فرمىٰ وسمّىٰ وتعمدها، ولم يتعمد واحدًا بعينه، فأصاب منها صيدًا فقتله، فلا بأس بأكله، وكذلك الكلب والبازي والفهد.

---

(١) في أ (تعيين) والمثبت من م.

(٢) في أ (الجاهلية) والمثبت من م.

(٣) في م (لا يفطر).

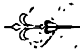
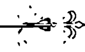
ولو أنَّ رجلاً نظر إلىٰ غنم فقال: بسم الله، ثم أخذ واحدة فأضجعها [وذبحها][1] وترك التسمية، فظنّ أن تلك التسمية تجزئه، فلا يأكل؛ من قِبَل أنه لم يسم علىٰ الحزّ، وليست التسمية علىٰ النظر، وإنما التسمية علىٰ الذبح نفسه؛ وذلك لأن تعيين الذبيحة بالتسمية غير متعذر، فكان [ذلك] شرطًا، وتعيين الصيد بالإرسال متعذر، فلم يكن ذلك شرطًا؛ ولأن الذي يملكه من الفعل في الإرسال، إنما هو الإرسال أو الرمي، فاعتبرت التسمية عندما يملكه، وفي المقدور يملك الذبح والحز، فاعتبرت التسمية علىٰ ذلك.

قال: ولو أن رجلاً أرسل كلبًا وترك التسمية متعمدًا، فلما مضىٰ الكلب يتبع الصيد سمّىٰ وزجره، فأخذ الصيد فقتله، لم يأكل انزجر أو لم ينزجر، [لا يؤكل][2] في [كل] واحد من الوجهين؛ لأن ابتداء الإرسال كان بغير تسمية، فلا تصلحه التسمية بعد [وقوعه].

ولو كان الكلب اتبع الصيد من غير أن يرسله مرسل، فزجره وسمّىٰ، فإن انزجر فأخذ الصيد فقتله، فكُلْ، وإن لم ينزجر، لم يأكل؛ وذلك لأنه لما أرسل الكلب ولم يسم، فقد تعلق بالإرسال حكم الحظر، وهو فعل أجريَ مجرىٰ الذبح، فإذا زجره بعد ذلك فانزجر، صار كالذبح بغير تسمية إذا أعاد إمرار السكين فيه وسمّىٰ، وعلىٰ هذا إذا أرسل المجوسي كلبًا فزجره مسلم، فانزجر.

وأما إذا [تَرَسَّلَ][3] الكلبُ بنفسه، فلم يوجد فعل يتعلق به حكم، ألا ترىٰ

(١) الزيادة من م، ج.
(٢) في أ (لا يأكل) والمثبت من م، ج.
(٣) في أ (لم يرسل) والمثبت من م، ج.

أن فعل الكلب لا يوصف بالحظر والإباحة، وإنما لا يؤكل ما قتله الكلب من غير إرسال؛ لأن فعله غير[1] معتد به، فكأن الحيوان مات حتف أنفه، وإذا لم يوجد فعل يتعلق الحكم به حتىٰ زجره مسلم وسمّىٰ فانزجر، تعلق الحكم بالزجر، لما لم يتقدمه ما يتعلق به حكم، فصار ذلك كابتداء الإرسال منه.

وليس كذلك إذا لم ينزجر؛ لأن فعل الآدمي لم يؤثر فيه، فصار كأنه لم يزجر.

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً أرسل كلبًا [له] علىٰ صيد وسمّىٰ، فأخذه فشق بطنه وأخرج ما فيه، ولم يأكل، فأدركه الرجل وبه رمق، فليس عليه أن يذكيه، وهذا قد ذكاه الكلب وفرغ منه.

وكذلك لو جراه باثنين، أو أخرج ما في بطنه، فهذا بمنزلة الذبيحة، ولا يذكي؛ وذلك لأنه إذا بلغ إلىٰ هذه الحالة، لم يبق فيه حياة مستقرة، فلم يعتد بها، وصار كالمذبوح إذا اضطرب.

وكان أصحابنا يقولون هذا الجواب علىٰ أصل أبي يوسف، فأما علىٰ قول أبي حنيفة، فيجب أن يذبحه بكل حال، فإن لم يذبحه، لم يؤكل؛ لأن الحياة التي ليست بمستقرة عنده في باب الذكاة كالمستقرة، ألا ترىٰ أنه قال في المتردية إذا ذبحت وفيها رمق، أكلت.

وقال أبو يوسف: إن كانت تبقىٰ أكثر من نصف يوم أكلت، وإلا لم تؤكل.

وقال محمد: إن كانت تبقىٰ قدر اضطراب المذبوح لم تؤكل، وإن بقيت أكثر من ذلك أكلت.

---

(١) في م (غير منعقد).




قالوا: فهذه المسألة يجب أن تكون على ذلك الأصل، فمن جعلها كالميتة لم يوجب ذكاتها، ومن جعلها كالحية أوجب ذكاتها[١].

قال: وكلّ شاة ذبحت فاضطربت فوقعت من فوق[٢] فماتت، أو وقعت في ماء، فلا بأس بأكلها؛ وذلك لأن الذبح ذكاة مستقرة غير موقوفة على شرط مستقبل، لا يعتد بما يحصل بعد ذلك من الوقوع والغرق.

وليس هذا كالصيد إذا رماه بسهم فوقع في ماء أو على حجر؛ لأن جرح السهم ليس بذكاة مستقرة؛ بدلالة أنه لو أدركه وجب ذبحه، فإذا حصل بسبب من أسباب التلف يجوز أن يكون الموت منه، حرم أكله.

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: إذا ذبح الرجل الشاة وسمّى، وفرى الأوداج وأنهر الدم، واستقبل القبلة أو لم يستقبلها، فلا بأس بأكلها، وهذه ذبيحة، غير أنه قد أساء في تركه استقبال القبلة.

وذلك [لما روى] حَسَن عن علي رضوان الله عليه: أنه كان إذا ذبح استقبل القبلة.

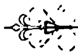
وعن [ابن] عمر: أنه كان يستحب أن يوجه بالذبيحة إلى القبلة.

وعن الشعبي قال: كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة إلى القبلة؛ ولأن المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم الأوثان، فاستحب مخالفتهم باستقبال جهة القبلة التي هي جهة الرغبة إلى الله تعالى.

---

(١) انظر: الأصل ٥/٣٦٤، ٣٦٥.

(٢) في م (فوقعت في بئر)، وج (من فوق بيت).




وأما جواز الأكل إذا ترك ذلك، فلقوله ﷺ: «**أنهر الدم بما شئت**»، وقوله: «**ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكُلْ**»(١).

قال: وإن تركت التسمية، لم تؤكل، وإن تركها ناسيًا، أكل، وهذا قد بيّناه.

وقد اختلف الصحابة في النسيان، [فقال عليّ وابن عباس: إذا ترك التسمية ناسيًا أكل]، وقال ابن عمر: لا يؤكل، فالخلاف في النسيان يدل على اتفاقهم في العمد، وليس حكم التسمية عندهم كاستقبال القبلة؛ لأن التسمية مقصودة في الذكاة، منصوص عليها، والاستقبال غير منصوص عليه، فكان حكم التسمية أقوى.

قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: إذا جزرت فلا تقل: اللهم تقبل عن فلان، جرد التسمية مع الحزّ، فإذا فرغت فادع بالتقبل.

وروى أبو يوسف ذلك عن أبي حنيفة عن حماد [٣٠١/ب] عن إبراهيم، وكذلك قال أبو يوسف: ادع بالتقبل قبل الذبح إن شئت أو بعده، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَدْعُواْ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا﴾(٢) [الجن: ١٨].

وروي عن ابن مسعود قال: جرّدوا بالتسمية؛ ولأن المشركين كانوا يذكرون مع اسم الله تعالى غيره، فالواجب مخالفتهم.

والذي روي (أن النبي ﷺ ضحّى بكبشين: أحدهما عن نفسه، والآخر

---

(١) الحديث الأول أخرجه الشيخان بمعناه: البخاري (٢٣٥٦، ٥١٨٧)؛ ومسلم (١٩٦٨)، والثاني ملفق بين حديثين لرافع بن خديج، وجزء منه في الصحيحين، كما قال الحافظ ابن حجر في الدراية، ٢/٢٠٧.

(٢) في م ﴿فَلَا تَدْعُ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ﴾ [الشعراء: ٢١٣].




عن أمته)[1]، فيجوز أن يكون قال ذلك قبل الذبح أو بعده.

قال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً سمّىٰ علىٰ الذبيحة أو الرمية[2] بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها، أجزأه ذلك عن التسمية لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ﴾ [المائدة: ٤] ولم يفصل.

وهذا ظاهر [علىٰ] قول أبي حنيفة: في اعتبار المعنىٰ في [حكم] التكبير، فاستوىٰ العربي والعجمي فيه.

فأمّا علىٰ قولهما: فلا يجوز التكبير بالفارسية لمن يُحسن العربية، وتجوز التسمية؛ لأن حكم التسمية أضعف، ولذلك يختلف في النسيان والعمد، ويستوي في التكبير.

وقال عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً ذبح شاة، فقال: اللهم اغفر [لي]، أو فعل ذلك في رميه صيداً، أو إرساله كلبًا علىٰ صيد، فلا يكون هذا بمنزلة التسمية، ولا يأكل من ذلك؛ لأن المقصود ذكر اسم الله تعالىٰ علىٰ طريق التعظيم، والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض، فلا يكون تسمية.

وقال بشر وعليّ عن أبي يوسف: إذا رمىٰ صيداً فذكر [اسم] الله تعالىٰ عند الرمي بتهليل، أو بتكبير، أو بتسبيح، أو بتحميد، فهو مثل التسمية، هذا قول

---

(١) أخرجه الحاكم مفصلاً ـ (إذ أورده المؤلف بمعناه مختصرًا) ـ في المستدرك، ٤/٢٥٣؛ وأخرج أبو داود (الجزء الأول) (٢٧٩٤)؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٤١٨)؛ وأحمد في المسند؛ ٣/٢١٤.
انظر: الدراية، ٢/٤٨؛ نصب الراية، ٣/١٥٣.

(٢) في م (بالرومية أو بالفارسية).

أبي حنيفة و[محمد][1].

قال: والتهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل بالتسمية وللعالم بها؛ وذلك لأن المأمور به ذكر اسم الله تعالىٰ علىٰ وجه التعظيم، وهذا موجود في جميع هذه الألفاظ، وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي حنيفة ومحمد في تكبير الصلاة.

فأما علىٰ قول أبي يوسف: فلا يجوز الدخول في الصلاة إلا بالتكبير؛ لقوله ﷺ في حديث الأعرابي: «**ثم تكبر**»[2]، وقال في الذكاة: «**إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالىٰ، فكل**»[3].

وقال في الأصل: أرأيت الرجل يذبح الشاتين والثلاثة، فسمّىٰ علىٰ الأولىٰ منهما، ويدع التسمية علىٰ غير ذلك عمدًا، قال: تأكل الشاة التي سمّىٰ عليها، ولا تأكل ما سوىٰ ذلك[4]، وقد بيّنا هذه المسألة.

[قلت: أرأيت لو أضجع شاة ليذبحها، وسمَّىٰ عليه، ثم ألقىٰ السكين وأخذ أخرىٰ وذبح بها، أتؤكل؟ قال: نعم، وذلك لأن التسمية في الذبح إنَّما يقع علىٰ المذبوح دون الآلة، والمذبوح واحد، ولا معتبر باختلاف الآلة.

وليس هذا كمن سمَّىٰ علىٰ سهم ثم رمىٰ بغيره، أنه لا يؤكل؛ لأن التسمية في الرمي لا يقع علىٰ الرمي، وإنما يقع علىٰ السهم، والتسمية علىٰ أحد السهمين

---

(١) في أ (وأبي يوسف) والمثبت من م.
(٢) حديث المسيء في صلاته، أخرجه البخاري (٧٩٣)؛ ومسلم (٣٩٧).
(٣) أخرجه البخاري (٥١٦٩) (من حديث عدي)؛ ومسلم (١٩٢٩).
(٤) وتكملتها: «... مما ترك التسمية عليه عمدًا». الأصل ٣٩٨/٥.

ليست بتسمية على الآخر].

قلت: [أرأيت أنَّ] رجلاً أضجع [شاةً] ليذبحها، وسمّى عليها، فكَلَّمه إنسان أو استقى ماءً فشرب، أو أحدّ السكين قليلاً، ولم يكبر، ثم ذبح على تلك التسمية، هل تؤكل؟ قال: نعم، لا بأس به.

قال: أرأيت إن تحدّث، وأطال الحديث، أو أخذ في عمل سوى ذلك ثم ذبح، هل تؤكل؟ قال: لا، [أمّا هذا فأكرهه؛ وذلك لأنه إذا لم يطل ما بين التسمية والحزّ لم يعتد بالفصل؛ لأن ذلك القدر لا يحترز عنه، فكأنَّه سمَّى مع الحزّ، وإذا أطال [العمل] انفصلت التسمية عن الحزّ، فكأنَّه سمَّى في يوم وذبح في يوم.

قلت: لو أنَّ رجلاً ذبح فقال: الحمد لله على ذبيحته، ولم يزد على هذا، هل تؤكل؟ قال: نعم، وكذلك لو قال: سبحان الله والله أكبر، يريد بذلك التسمية، فهذا كله تسمية، ولا بأس بأكلها.

وكذلك كل شيء ذكره من أسماء الله تعالى على ذبيحته يريد به التسمية، هل تؤكل بذلك؟ قال: نعم[(١)]؛ وذلك لأن التسمية لما كانت شرطًا في الذبائح، يعتبر وجودها مع القصد إليها، كذكر الله تعالى في ابتداء الصلاة.

قال: فإن قال: الحمد لله، يريد أن يحمده، ولا يريد به التسمية، هل تؤكل ذلك؟ قال: لا؛ وذلك لأن حمد الله تعالى قد يذكر على وجه التسمية، وقد يذكر على وجه شكر النعم سابقًا.

فإذا أراد به غير التسمية، لم يقع عنها. والله تعالى أعلم[(٢)].

---

(١) الأصل ٥/٣٩٨، ٣٩٩.

(٢) انظر: الأصل ٥/٣٩٦ وما بعدها؛ متن القدوري ص ٤٩٤ وما بعدها.

بَابُ
ما يُكره فعله بالذبيحة قبل الذبح وبعده

قال أبو الحسن: وإذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة، كُرِهَ له أن يجرها برجلها إلى المذبح؛ وذلك لأنه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة.

قال: ويكره أن يضجعها ويحدّ الشفرة؛ وذلك لما روي [أنه] رأى رجلاً قد أضجع شاة وهو يحدّ الشفرة، فقال له: «**أردت أن تُميتها ميتتين، ألا حددتها قبل أن تضجعها**»[(١)].

وروي أن عمر رضي الله عنه رأى رجلاً قد أضجع شاة وترك رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة، فضربه بالدّرة، فهرب وشردت الشاة، فقال له عمر: هَلَّاحددتها قبل أن تضع رجلك موضع وضعتها؛ ولأن البهائم تحسّ بما تجزع منه، فإذا أحدّ الشفرة وقد أضجعها، زاد في ألمها، وذلك لا يجوز.

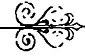
ويكره إذا ذبحها أن يبلغ النخاع؛ وهو العِرْق الأبيض الذي في عظم الرقبة، ويكره له أيضًا الذبح بعد ذلك أن ينخعها قبل أن تبرد، فيحزّ حتى يبلغ النخاع.

ويكره له أيضًا أن يخرج العظم.

ويكره له أن يسلخ الشاة قبل أن تبرد؛ وذلك لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذبح، وقد روى أبو الأشعث الصنعاني عن شداد بن أوس: أن رسول

---

(١) في أكثر الروايات بلفظ (موتات)، أخرجه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس مرفوعًا، ٤/٢٥٧؛ وعبد الرزاق في المصنف، ٤/٤٩٣، مرسلاً؛ انظر: التلخيص الحبير، ٤/١٤٣.

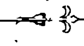
الله ﷺ قال: «**إن الله تعالىٰ كتب الإحسان علىٰ كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتْلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبْحة، وليحدَّ أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته**»[1].

قال: فإن نجع أو سلخ قبل أن تبرد، فلا بأس بذلك؛ لأنه لا يوجد فيه ألم، فصار كتفصيلها.

قال: وهذا كله لا يحرم الذبيحة، ما كُره قبل الذبح وبعدها؛ لأن النهي عن ذلك ليس بمعنىٰ في المنهي عنه، وإنما هو لما يلحق [بالحيوان] من الضرر، والنهي في غير المنهي لا يفيد الفساد[2].



(١) أخرجه مسلم (١٩٥٥)؛ والترمذي (١٤٠٩)؛ والنسائي في المجتبىٰ (٤٤٠٥) وغيرهم.
(٢) انظر: الأصل، ٥/٣٩٩، ٤٠٠.

بَابُ
ما يكره أكله من الشاة



روىٰ الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل][1] عن مجاهد قال: كره رسول الله ﷺ من الشاة الذَّكَر، والأُنْثَيَيْن، والقُبُل، والغَدَد[2]، والمَرَارَة[3]، والمَثَانَة[4]، والدَّم[5].

قال أبو حنيفة: الدَّمُ حَرَامٌ، وأكره الميتة؛ وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ [المائدة: ٣]، فلما تناول النَّصّ الدم، قطع بتحريمه وكره ما سواه؛ لأنه ممّا تستخبثه الأنفس وتكرهه، وهذا المعنىٰ سبب الكراهية؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وروي عن ابن عمر [أنه] سئل عن القنفذ، فتلا قوله: ﴿قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، فقال شيخ عنده: سمعت

---

(١) ما بين المعقوفتين (قدر صفحتين) سقطت من أ، والمثبت من م، ج.

(٢) «الغُدَّة: عُضو مُفرز مكوّن من خلايا له قناة»، وجمعها: غَدَد.

(٣) «المَرَارة: كيس لاصق بالكبد، تختزن به الصفراء، وهي تساعد علىٰ هضم المواد الدهنية، وجمعها: مَرَار» المعجم الوجيز (مرر).

(٤) «المَثَانة: كيس أسفر البطن، يتجمع فيه البول إفراز من الكُلْيتين». المعجم الوجيز (مثن).

(٥) أورده العراقي في المغني عن حمل الأسفار بلفظ (كان لا يأكل...)، وقال: «البيهقي من حديث ابن عباس بإسناد ضعيف، ورواه البيهقي من رواية مجاهد مرسلاً»، ٦٥٥/١؛ رواه محمد في كتاب الآثار وذكر بدل (القبل) الحيا، ص ١٧٩.




أبا هريرة يقول: ذكر القنفذ عند النبي ﷺ، فقال: «**خبيثة من الخبائث**»[1]، فقال ابن عمر: إن كان رسول الله ﷺ قال[2]، فهو كما قال.



(١) أخرجه البيهقي، وقال في سنده: «وهو إسناد فيه ضعف» ٩/٣٢٦؛ وقيل غير ذلك في سنده. انظر: التلخيص الحبير، ٤/١٥٥.

(٢) في م (قاله، فهو يكره).

بَابُ
ما يُذكَّى به

قال أيّده الله: أصل هذا الباب: أن الآلة على ضربين: آلة تقطع، وآلة تفسخ، فالآلة التي تقطع على ضربين: حادة، وكَلِيلة.

فالحادة: يجوز الذبح بها، حديدًا كانت(١) أو غير حديد، ولا يكره.

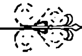
والكليلة: يكره(٢) الذبح بها، حديدًا كانت(٣) أو غير حديد.

والأصل في جواز الذبح بغير [الحديد](٤): ما روى عدي بن حاتم، قال: قلت: يا رسول الله، أرأيت أحدنا أصاب صيدًا وليس معه سكين، أيذكي بمروة، أو بشقة العصا؟ قال: «**أنهر الدم بما شئت، واذكر اسم الله تعالى**».

ورُوي أن جاريةً لكعب بن مالك ذبحت شاة بمروة، فسأل كعب رسول الله ﷺ عن ذلك، فأمر بأكلها(٥).

ولأن الحديد لا يتعلق الحكم بجنسه وإنما يتعلق بحدّه؛ بدلالة أن الحديد الذي ليس بمحدد لا يجوز الذبح به، فإذا وجد التحديد في المروة والليطة(٦)،

(١) في م (جديدًا كانت أو غير جديد).
(٢) في م (لا يجوز).
(٣) في م (جديدًا كانت أو غير جديد).
(٤) في أ (الذبح) والمثبت من م، ج.
(٥) أخرجه أحمد في المسند ٦/٣٨٦؛ وابن أبي شيبة في المصنف ٤/٢٥٥؛ والطَّحاوي في مشكل الآثار ٧/٤٤٨.
(٦) «اللِّيطة ـ بكسر اللام وسكون الياء ـ: هي قشرة القصب اللازق». =

جاز الذبح بهما.

وأما الكليل من الآلة إذا كانت تقطع فإنما يكره؛ لما فيه من تعذيب الحيوان؛ ولأن النبي ﷺ أمر بتحديد الشفرة وإراحة الذبيحة.

وقد قال أصحابنا: إذا ذبح بظفر منزوع، أو بسِنٍّ منزوع، جاز الذبح بهما، ويكره، وقال الشافعي: لا يجوز[1].

لنا: أنه [آلة] يتصرف فيه كما يتصرف في المروة والليطة، فإذا جاز الذبح بأحدهما، جاز بالآخر، وأما قوله ﷺ: «**أنهر الدم بما شئت إلا ما كان من سن أو ظفر، فإن الظفر مُدىٰ الحبشة، والسن عَظْم من الإنسان**»[2]، فإنما أراد بذلك: السن القائم والظفر القائم؛ بدلالة أن الحبشة كانت تفعل ذلك إظهارًا للجَلَد؛ وبدلالة أنه روي في بعض الأخبار أنه قال: «**إلا ما كان قرضًا بسن، أو جَزًّا بظفر**»، والقرض إنما يكون بالسن القائم.

وأما القسم الثاني: وهو الذي يبرد ويفسخ، وهو الظُّفر القائم والسِّنُّ القائم، فإذا ذبح به كان ميتة؛ للخبر، ولأنه لا يمكنه التصرف فيه كما يتصرف في الآلة، وإنما يعتمد عليه فيتخنق[3] وينفسخ، فلا يحل أكله.

وقد كان الشيخ أبو عبد الله [الجرجاني] ألزم إذا طال الظفر، فأخذ إنسان بيد صاحبه [فذبح] فأمرّ يده كما يُمرّ السكين، فقال: يجوز ذلك[4].

= والمَروة ـ بفتح الميم ـ: وهي حجارة بيض براقة يقدح منها النار». الجوهرة ٢/٢٣٦.

(١) انظر: الأم ص٤١٨؛ المنهاج ص٤٣٤؛ رحمة الأمة ص١٠٢.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٩/٢٤٧؛ وأبو عوانة في مسنده، ٥/٥٦؛ والشافعي في مسنده، ١/٣٤٠. كلهم بلفظ (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه، فكلوه...).

(٣) في م (فيحز).

(٤) انظر: الأصل ٥/٣٥٢، ٣٥٣.

بَابُ
من تُؤكل ذبيحتُه من المذكِّين، ومن لا تُؤكل

قال أبو الحسن: لا تصِحُّ الذكاة إلا من مسلم أو كتابي، يعقلان الذبيحة، ولا يتركان التسمية عمدًا، والمسلم والذمي فيما يصح به الذكاة سواء.

أما ذكاة المسلم، فلا خلاف في جوازها، وأما الكتابي فلقوله تعالىٰ: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ولا يجوز أن يحمل علىٰ غير الذبائح؛ لأنه لو كان كذلك لم يخص بأهل الكتاب؛ ولأنه يؤمن بكتاب من كتب الله تعالىٰ، وتحل مناكحته كالمسلم.

قال: وإن كان الذابح كافرًا من غير أهل الكتاب، لم تؤكل ذبيحته كائنًا مَنْ كان وما كان دينه ولأي شيء عبده؛ وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ١٢١]، ومن ليس بكتابي لا يذكر اسم الله؛ [٣٠٢/أ] ولأن الإباحة مأخوذة من الشرع، وقد وردت مختصّةً بأهل الكتاب، فمن سواهم علىٰ أصل الحظر.

قال: وكذلك المرتد عن الإسلام، لا تؤكل ذبيحته إلىٰ أيّ دين ارتد؛ لأنه لا يقر علىٰ الدين الذي انتقل إليه، فصار كالوثني الذي لا يقر علىٰ دينه.

قال: وإن ارتد الكتابي[١] إلىٰ دين غير أهل الكتاب، لم تؤكل ذبيحته؛ لأن

(١) في ج (الكافر).

المسلم لو انتقل إلىٰ هذا الدين لم تؤكل ذبيحته، فالكتابي أولىٰ.

فإن ارتد [غير] الكتابي إلىٰ[1] دين أهل الكتاب، أُكلت ذبيحته، وينظر إلىٰ حاله ودينه في حال ذبحه دون ما سواه.

وهذا علىٰ أصلنا: أن من انتقل من ملة الكفر إلىٰ ملة أقر عليها، فصار كأنه من أهلها في الأصل.

قال: ولا يؤكل عندنا ما ذبحه المُحْرِمُ في الحِلّ من الصيد، [ولا ما] ذبحه في الحرم؛ لأن الله تعالىٰ سَمَّىٰ فعل المُحْرِمِ قَتْلاً، وذلك في الشريعة عبارة عما لا يحل أكله؛ بدلالة قوله ﷺ: «**خمس يقتلهن المحرم في الحِلِّ والحَرَمِ**»[2]؛ ولأنه ممنوع من الذبح لمعنىٰ فيه من جهة الدين، فصار كالمجوسي.

قال: ولا يؤكل ما ذبحه الحلال من الصيد في الحَرَم؛ وذلك لأنه ممنوع من ذبحه لحق الله تعالىٰ، كما يمنع المُحْرِمُ في حال الإحرام، [فكانا سواء][3].

وما ذبح كل واحد منهما من غير الصيد، فأكله جائز؛ لأنه غير ممنوع من ذبحه، فصار [كالحلال][4].

قال: ومن ذبح وهو لا يعقل التسمية، ولا الذبيحة، ولا يضبط الذبح، لم تؤكل ذبيحته، شَرَط ذلك في الأصل:

---

(١) في م (إلىٰ دين غير دين أهل الكتاب).

(٢) أخرجه مسلم بلفظ: (خمس فواسق...)، (١١٩٨).

(٣) في أ، ج (فيما سواه) والمثبت من م.

(٤) في أ (كالجلالة) والمثبت من م، ج.

قال: قلت: أرأيت الصبي يذبحُ ويسمّي، هل تؤكل ذبيحته؟ قال: إن كان يضبط الذبح، ويعقل التسمية، والذبيحة، فلا بأس به(١).

قال أبو الحسن رحمه الله: وكذلك المجنون يذبح في حال جنونه، أو السكران؛ لأن من لا يعقل التسمية فَذِكْرُه لها [كذكره لغيرها](٢)، فكأنه ذبح بغير التسمية.

قال: وتجوز ذبائح الصابئين عند أبي حنيفة، وهم عنده أهل كتاب، وهم فِرقة من النصارىٰ عنده، وليس يريد الضرب الآخر من الصابئين الذين لا يؤمنون بعيسىٰ عليه السلام، ولا يقرّون بنبوته ﷺ، ولهم شرع آخر غير ما النصارىٰ عليه، فهؤلاء لا تؤكل ذبيحتهم، وهم عندي هكذا.

ولم أر هذا(٣) التفصيل عن أبي حنيفة، إلا أن الحكاية عنه أنهم أهل كتاب، وهذه المسألة قد بيّناها في النكاح، أنه لا خلاف فيها.

وإنما أجاب أبو حنيفة علىٰ من يؤمن بِنَبِيٍّ وكِتابٍ، ويعظم الكواكب كتعظيم [المسلم] القبلة.

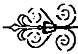
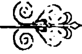
وهما حَمّلا الأمر علىٰ من يعظم الكواكب تعظيم عبادة، فهو عابد وثن، فلا يجوز أكل ذبيحته، وحال هذه الفِرقة مشكلة؛ لأنهم يتدينون بكتمان اعتقادهم، فلا تُعْرَفُ حالهم.

فأما حمل أبي الحسن لقول أبي حنيفة: علىٰ صابئي يؤمن بعيسىٰ، فهو أمر

(١) الأصل ٥/٤٠٠.

(٢) في أ (كذكر غيره) وفي ج (كذكر غيرها) والمثبت من م.

(٣) في م (ولم أرَ هذا قيل عن أبي حنيفة).

لا يعرف منهم، وإنما[١] يؤمنون بإدريس عليه السلام، ويعظمونه دون غيره من الأنبياء.

قال: ولا بأس بذبيحة الأخرس المسلم والكتابي؛ وذلك لأنه من أهل الذكاة، وعجزه عن التسمية لا يمنع من صحة ذكاته، كما أن عجزه عن التكبير لا يمنع من صحة صلاته.

قال: ولا بأس بذبائح نصارىٰ بني تَغْلِب الفلاحين وغيرهم؛ وذلك لأنهم علىٰ دين النصارىٰ وإن لم يتمسكوا بكل شرائعهم، فصاروا كالنصارىٰ الأصليين إذا لم يتمسَّكوا ببعض الشرائع.

ولا بأس بذبائح أهل الكتاب من أهل الحرب؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]؛ ولأنهم يؤمنون بالكتاب، وإنما حربهم معصية منهم، وذلك لا يؤثر في الذبح، كمعصية المسلمين.

قال: ومن كان من الصبيان له أبوان، أحدهما كتابي والآخر غير كتابي، فذبح الصبي وهو يعقل ما شرطنا، أكلت ذبيحته، أيّهما كان الكتابي الأم أو الأب.

وقال مالك: أعتبر الأب، وقال الشافعي: لا تؤكل ذبيحته[٢].

لنا: أن أحد أبويه تؤكل ذبيحته، فكان الولد في حكمه، كما لو كان مسلمًا.

قال: وإن ذبح النصراني وأهلَّ علىٰ ذبيحته بغير الله، فسُمع كلامه، لم تؤكل

---

(١) في م زيادة (يزعمون أنهم).

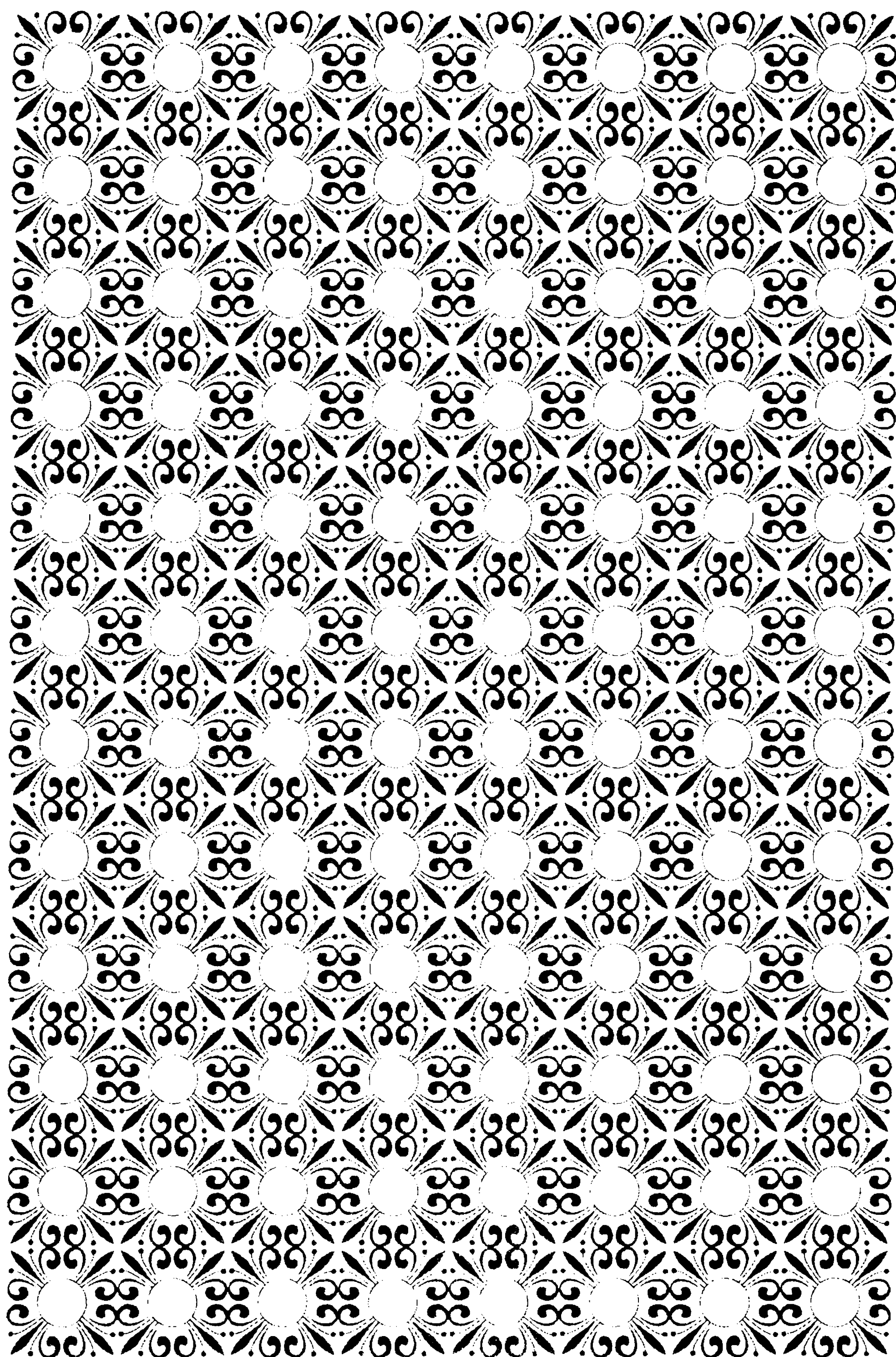
(٢) «قال الشافعي: في الغلام أحد أبويه نصراني والآخر مجوسي يذبح أو يصيد، لا تؤكل ذبيحته ولا صيده...». الأم ص٤١٦.

ذبيحته ، روي ذلك عن عليّ رضوان الله عليه ، وهو قول أصحابنا ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] ؛ لأنه إذا ذكر اسم [غير] الله تعالى ، فقد ترك التسمية عامدًا ، فلا يجوز أكل ذبيحته[١] . [والله أعلم] .

[تمّ كتاب الذبائح بحمد الله ومنته]



(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٠ وما بعدها.



[٥٩] كتابُ الصيدِ

قال أبو الحسن رحمه الله: قد ذكرنا فيما تقدم من كتابنا هذه الآية التي أباح الله تعالىٰ فيها الاصطياد، وما أبيح من أكل الصيد، وما حرم، وما كره.

فما أبيح ذلك من صيد البر: مما له دم مسفوح، فمات قبل أن يقدر علىٰ ذكاته بأخذ الجوارح له، أو برمي الصائد أو غير ذلك من فعله.

فإنما أبيح علىٰ شرائط نذكرها [إن شاء الله تعالىٰ].

قال [الشيخ رحمه الله تعالىٰ]: وجملة هذا: أن الاصطياد بالجوارح والسِّهام والآلات مباح؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]، ولقوله ﷺ: «**إذا أرسلت كلبك المُعلم وذكرت اسم الله تعالىٰ فكُلْ، وإذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله تعالىٰ فكل**»[(١)].

والاصطياد مباح فيما يحل أكله وما لا يحل أكله، فما حَلّ أكله فصيده للأكل، وما لا يحل أكله فصيده لغرض [آخر][(٢)]: إما للانتفاع بجلده أو بشعره، أو لدفع أذيته.

والشرائط التي يستباح بها صيد الجوارح سبعة شرائط: أن يكون الجارح مُعلمًا[(٣)]، وأن يكون ذا جارحة غير محرّم العين، والإرسال من مسلم أو كتابي

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤٩)؛ والترمذي (١٤٦٩)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٩/٢٤٢، وغيرهم.

(٢) في م (نظري) والمثبت من ج.

(٣) ووضح ذلك محمد في الأصل: «قال: إذا علّمه صاحبه، فكان يجيبه إذا دعاه، ويرسله علىٰ الصيد=

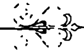
يعقل الإرسال، والتسمية في حال الإرسال إذا كان ذاكرًا لها، وأن يجرحه الكلب أو البازي، وأن يلحقه المُرسِل أو من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب أو التواري عنه إذا لم يدرك ذبحه.

فأمّا كون الجارح معلمًا؛ لقوله تعالى: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤]، وقوله ﷺ: «**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل، وإن شاركه كلب آخر فلا تأكل، فلعلّ ذلك الكلب قتله**[(١)]»[(٢)]، فجعل جواز قتل غير المعلم سببًا للحظر، فأولى أن يكون اليقين[(٣)] محرمًا[(٤)].

وأما كون الآلة من الجوارح: إما بِنَابٍ، أو مِخْلَب؛ فلقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]، قيل في التأويل: الجوارح التي تجرح، وقيل الجوارح: الكواسب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠]، ويمكن حملها على معنى واحد؛ لأن الجارح: هو الذي معه آلة يكتسب بها، وحمل الآية على ما له جارحة أولى؛ لأنه هو الذي يكتسب بها، وهو ظاهر اللفظ، فكان حمله عليه[(٥)] أولى[(٦)].

= فيأخذ الصيد، فلم يأكل، وأخذ صيدًا فلم يأكل، وفعل ذلك ثلاثًا، فهذا قد تعلم...». ٥/٣٧٦.
وضبط ذلك أكثر: الشيرازي بقوله: «والمعلم: هو الذي أرسله على الصيد طلبه، فإذا أشلاه استشلى، فإذا أخذ الصيد أمسكه وخَلَّى بينه وبينه، فإذا تكرر منه ذلك، كان معلمًا، وحَلّ له ما قتله». المهذب ٢/٨٨٨.

(١) في م (فلعل الكلب الذي قتله غير الكلب المعلم).
(٢) أخرج مسلم نحوه في صحيحه (١٩٢٩).
(٣) في م (أن يكون ذلك محرمًا).
(٤) انظر: الأصل ٥/٣٦٠.
(٥) في م (على هذا الوجه).
(٦) وقال محمد في البازي المعلم: «وتعليم البازي: أن يدعوه صاحبه فيجيبه، ولا ينفر من صاحبه،=



وأما الإرسال؛ فلأن النبي ﷺ قال: «**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله، فكل**»، فذكر الإرسال؛ ولأن الإرسال قد جعل بمنزلة الذكاة؛ ولهذا يعتبر عنده التسمية، ولا بد من وجوده.

فأمّا كون المرسل من أهلِ [٣٠٢/ب] الذَّكاة: فهو أن يكون مسلمًا أو كتابيًّا، يعقل الإرسال ويعرفه؛ لأنّ الإرسال بمنزلة الذبح؛ ولهذا يعتبر فيه التسمية، فلا بد من شرائط الذبح.

وأما التسمية في حال الإرسال للذاكر؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٤]، وقد أجمعوا أن التسمية تختصّ بالإرسال، وقال عليه الصلاة والسلام: «**إذا أرسلت كلبك المُعَلم وذكرت اسم الله عليه، فكل**».

وأما اعتبار [الذكر](١)؛ فلأن الإرسال إذا كان كالذبح شرط فيه التسمية مع الذكر دون النسيان علىٰ ما بيّناه في الذبح.

فأمّا الجرح، فهي الرواية المشهورة: أن الكلب أو البازي إذا لم يجرح لم يحل الأكل.

وقد روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الكلب إذا خنقه أكل(٢)، والدليل علىٰ اعتباره، قوله ﷺ في صيد المِعْراض: «**إذا خَزَقَ فكُلْ، وإن أصاب بعرضه فلا تأكل**»(٣) فإنه وقيذ؛ لأن الكلب إذا خنقه دخل في عموم قوله: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ

= فإذا أجاب صاحبه ولم ينفر منه وأَلِفَ، فذلك قد تعلم، وكذلك الصقر وغيره من الطير». الأصل ٣٧٦/٥.

(١) في أ (الذاكي) وفي ج (الذاكر) والمثبت من م.

(٢) انظر: الأصل ٣٧٥/٥، ٣٧٦.

(٣) أخرجه البخاري بلفظ: (كل ما خرق...) (٥١٦٠).




وَٱلْمَوْقُوذَةُ ﴾ [المائدة: ٣].

وجه الرواية الأخرىٰ: أن الكلب قد يتوصل إلىٰ أخذ الصيد بالجرح، وقد يتوصل بغيره، فصار ذلك موسعًا فيه كالجرح في غير موضع الذبح.

فأما اعتبار لحاقه قبل أن يتوارىٰ أو ينقطع الطلب؛ فلقوله ﷺ لعدي بن حاتم حين سأله عن الرمية إذا وجدها بعد يوم أو يومين، فقال: «**إذا وجدتها وفيها سهمك وعلمت أن سهمك قتلها فكل**»، ومتىٰ توارىٰ عنه وانقطع الطلب، فهو لا يعلم أنها ماتت من سهمه.

وروي عن ابن عباس أنه قال: (كُل ما أصْمَيت، ودع ما أنْمَيْت)[1]، قال أبو يوسف: الذي أصمىٰ: ما مات في الحال وهو شاهده، والذي أنمىٰ: ما غاب عنه فمات.

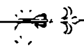
ولأنه إذا قعد عن طلبه، جاز أن يكون لو طلبه لأدركه حيًا، فخرج الجرح من أن يكون ذكاة.

وليس كذلك إذا لم يقعد عن طلبه؛ لأنه لم يدركه حيًّا، فبقي [أن يكون] الجرح ذكاةً له.

قال أبو الحسن: وما صيد منه فأخذ حيًا، فذكاته كذكاة الأنعام، سواء في فَرْيِ الأوداج، والتسمية، وصفة المذكي؛ وذلك لأن الذكاة إنما سقطت للتعذر، فإذا أخذه حيًا فقد قدر عليها، فسقط حكم البدل عنها.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٢٤١/٣٠ (موقوفًا)، كما ذكر الحافظ في التلخيص الحبير، ١٣٦/٤؛ «ورواه الطبراني في الكبير، وفيه عثمان بن عبد الرحمن، وأظنه القرشي، وهو متروك»، كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ٣١/٤.

قال: وأما شرائط ما مات من الصيد قبل أن يقدر علىٰ ذكاته: فهو ما قال الله تعالىٰ في كتابه: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ الآية [المائدة: ٤]، فشرط الله ﷻ أن يكون ما صيد به من الجوارح معلمًا، وأن يكون ممسكًا علينا، والإمساك علينا أن لا يأكل من الصيد، ويمسكه علىٰ صاحبه، فهذا فيما كان من الجوارح يعلّم ترك الأكل بأن يزجَر عنه، ويضرَبَ عليه إذا أَكَل، فلا يكون مُعَلمًا حتىٰ يكون كذلك، وهذا في ذوات الناب.

وأما ذوات المِخْلَب فإن تعليمه أن يدعىٰ فيجيب[1]، ويتبع الصيد فيأخذه، فإن أكل منه فلا بأس بأكل ما صاد.

فأما قوله تعالىٰ: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ - بالكسر - فهو صفة الصائد، وقوله: ﴿مكلَّبين﴾ - [بالفتح] - صفة الجارح.

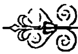
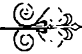
فأما الإمساك علينا، فهو شرط عندنا في [صيد] ذوات الناب، فإذا أكلت من الصيد لم يؤكل.

وقال مالك: يؤكل، وهو أحد قولي الشافعي[2].

لنا: قوله تعالىٰ: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤]، ومتىٰ أكل الكلب، فإنما أمسك علىٰ نفسه، وقال ﷺ في حديث عدي بن حاتم: «**فإن أكل منه فلا تأكل، فإنما أمسك علىٰ نفسه**»؛ ولأن الكلب يعلَّم بترك الأكل، فأكْله يدل علىٰ

(١) في م، ح (فيستجيب).

(٢) انظر: الأم ص٤١٦؛ رحمة الأمة ص١٠٢؛ قوانين الأحكام الشرعية ص١٩٨.

عدم التعليم، ومن شرط الإباحة كون الجارح مُعَلَّمًا.

وأما البازي والصقر إذا أكلا من صيده فإنه يؤكل.

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يؤكل(١).

لنا: ما روي عن ابن عباس أنه قال في الكلب إذا أكل من الصيد: لم يؤكل، وفي البازي إذا أكل منه: أُكل؛ ولأن البازي لا يمكن تعليمه بترك الأكل؛ لأن الأكل من طباع البهائم، وإنما يُعلم الكلب ذلك بالضرب، فينتهي عن الأكل، والبازي إذا ضرب مات [بالضرب] أو هرب، فلم يمكن تعليمه ذلك، فسقط اعتباره؛ ولأن التعليم يرجع فيه إلىٰ العادة، وفي العادة أن الكلب يعلم ترك الأكل، والبازي يُعلَّم بأن يضري علىٰ الأكل؛ ولأنه حيوان طاهر السؤر، فأكله من صيده لا يؤثر في تحريمه كالآدمي.

وقد قال أصحابنا: في الكلب إذا جرح الصيد فولغ في دمه: أُكل؛ لأنه قد أمسك الصيد علىٰ صاحبه، وإنما ولغ في الدم، وذلك لا يتعلق به حق الصائد، فالأكل منه كالأكل من صيد آخر.

وذكر حديث عدي بن حاتم، قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: إني أصيد بكلابي المعلمة فيمسكن عليّ، أفآكل؟ قال: «**إذا أرسلت كلابك المعلمة، وذكرت اسم الله، وأمسكن عليك، فَكُلْ**»، قال: قلت: وإن قتلن؟ قال: «**وإن قتلن، ما لم يشركها كلب ليس منها**»، قال: قلت: إني أرمي بالمعراض فأصيب،

(١) انظر: المهذب ٢/٨٩٠. وقال النووي: «ويشترط ترك الأكل من جارحة الطير في الأظهر، ويشترط تكرر هذه الأمور بحيث يُظن تأدّب الجارحة، ولو ظهر كونه مُعَلَّماً ثمّ أكل من لحم صيد، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر». المنهاج ص٥٣٤.

أفآكل؟ قال: «**إذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله تعالىٰ [فخرق]، فكل، وإن أصبت بعرضه فلا تأكل**»[1].

وهذا الحديث قد دل علىٰ جواز صيد الكلب، واعتبار التعليم والتسمية والإمساك عن الأكل. وإن شاركه كلب غير معلَّم، أو لم يرسله مرسِل: يوجب التحريم؛ لاجتماع سبب الحظر والإباحة.

وأنّ السهم إذا جرح أُكل، وإن لم يجرح لم يؤكل، فدلَّ علىٰ تحريم ما رمي بالبندق والحجر والخشب إذا قتل ولم يجرح[2].

ودلَّ علىٰ اعتبار التسمية عند الرمي.

وذكر في حديث عدي قال قلت: يا رسول الله، إنا قوم نصيد بهذه الكلاب، فقال: «**إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالىٰ، فكل ما أمسكن عليك وإن قتل، إلا أن يأكل، فإذا أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون أمسك علىٰ نفسه، وإن خالطها كلاب غيرها، فلا تأكل**».

وهذا الخبر قد دل علىٰ ما دل عليه الأول، وعلىٰ أن أكل الكلب يمنع من أكل الصيد، وأنه يدل علىٰ ترك التعليم؛ لأنه يجوز[3] أن يكون أمسك علىٰ نفسه[4].

وذكر في حديث الشعبي عن عدي بن حاتم، أن النبي ﷺ قال له: «وإذا

(١) أخرجه البخاري (٥١٦٨)؛ ومسلم (١٩٢٩).
(٢) انظر: الأصل ٣٧٧/٥.
(٣) في ج (لأنه قال: (فإني أخاف أن يكون أمسك علىٰ نفسه)).
(٤) انظر: الأصل ٣٧٢/٥.

رميت بسهمك، وذكرت اسم الله تعالىٰ، فوجدته من الغد، ولم تجده في ماء، وليس فيه أثر غير سهمك، فكل»(١).

وهذا يدل علىٰ أن المُرْمىٰ إذا وقع في الماء لم يؤكل؛ [٣٠٣/أ] لجواز أن يكون مات من(٢) الماء، ولم يمت من الرمي، فأما إذا وجده من الغد فهو محمول عندنا علىٰ أنه لم يقعد عن طلبه.

قال أبو الحسن بعد تفسير هذه الأخبار: وما بيّنت لك أنه لا يؤكل أو يؤكل، فهو ما مات من فعل الجارح أو فعل الصائد.

فأما ما قدر عليه حيًّا، فإنه لا يؤكل في الوجهين جميعًا حتىٰ يُذكىٰ، فإذا ذُكِّي حَلَّ ذلك أجمع؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، فما أدرك من هذا وفيه حياة بيّنة كانت فيه أو خفية بعد أن يعلم أنه حَيٌّ فذكّىٰ: حَلّ في قول أصحابنا جميعًا، ولا يعتبر كيف كان حالها بعد أن تكون فيها حياة [ورمق](٣)، فيذكىٰ، فإنها تؤكل(٤).

قال: والكلام في هذا أولاً يقع في فصل: وهو أنه إذا قدر علىٰ الصيد، فمات قبل أن يقدر علىٰ ذبحه لضيق الوقت، لم يؤكل عندنا.

وقال [محمد بن شجاع](٥) ومحمد بن مقاتل: يؤكل استحسانًا، وبه

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٤٩)؛ الترمذي (١٤٦٩) وقال: حسن صحيح، وغيرهما.

(٢) في م (عن)، وفي ج (في الماء).

(٣) في أ (حياة) فقط، وفي م (مستقرة) والمثبت من ج.

(٤) انظر: الأصل ٣٨٤/٥.

(٥) في م، ج (الحسن بن زياد) والمثبت هو الصحيح كما ذكر الكاساني في البدائع ٥١/٥.

قال الشافعي[١].

وجه قولهم: أنه لما ثبتت يده على الصيد، زال معنى الامتناع، وبطل حكم الجرح، فصار كالشاة إذا أدركها[٢] وقد مرضت فماتت في وقت لا يسع [لذبحها][٣]، لم تؤكل.

وجه الاستحسان، وهو اختيار ابن شجاع: أن الذبح هو الأصل والجرح بدل عنه، فالبدل إنما يسقط حكمه [بالتمكن][٤] من استعمال الأصل، فإذا ثبتت يده على الصيد في وقت لا يقدر على ذبحه، لم يثبت حكم الأصل في حقه، فبقي حكم البدل.

وقد قال أصحابنا في الصيد إذا أدركه فلم يأخذه: (لم يؤكل)[٥]، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه، فلم يأخذه، لم يؤكل؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه.

وإن كان لا يمكن [ذبحه]: أكل؛ لأن يده لم تثبت عليه، [ولم يتمكن][٦] من ذبحه.

فأما قول أبي الحسن رحمه الله: فإذا ذكّى، حلّ في قول أصحابنا جميعًا: فهو صحيح؛ لأنه إن كان فيه حياة مستقرة (فقد خرج الجرح من أن يكون ذكاة، وصار ذكاته الذبح، فإذا ذبحه حَلّ.

---

(١) انظر: الأم ص٤١٧؛ المنهاج ص٥٣٣.

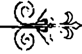
(٢) في م (إذا تركها).

(٣) في أ (له ذبحها) والمثبت من م ج.

(٤) في أ (بالعجز) والمثبت من م، ج.

(٥) ساقطة من م، ج.

(٦) في أ (ولا يمكن)، وفي م (ولا يتمكن) والمثبت من ج.




وإن لم يكن فيه حياة مستقرة)[1]، فعند أبي حنيفة: ذكاته الذبح، وقد ذبحه.

وعلى قولهما: لا يحتاج إلى الذبح، وهو مذكى بالجرح، والذبح بعد ذلك لا يضره.

قال: وكذلك ما جرحه ذِئبٌ[2] أو سَبُعٌ، فإن كان الجرح الذي به لا يعيش من مثله إلا قدر [ما][3] يعيش المذبوح، فذكّاه، لم يأكله، وإن كان يعيش من مثله لو بقي يومًا أو يومين، فهو مثل الوقيذ والمتردي، وهذا على ما قدمنا من الخلاف: عند أبي حنيفة: يحل بالذبح إذا كانت الحياة موجودة وإن لم تكن مستقرة.

واعتبر أبو يوسف: أن تكون الجراحة مما يعيش من مثلها، وحكي عنه أكثر اليوم.

وقال محمد: إذا كان يبقى أكثر من بقاء المذبوح.

قال: وما جرحه الفهد المعلم، أو الكلب، فأدركه صاحبه حيًّا، فلم يذكه[4] حتى مات، فإنه على وجهين:

إن كانت الجراحة التي فيه لا يعيش من مثلها، مثل أن يشق بطنه فيخرج ما فيه أو شبه ذلك، فإنه يؤكل؛ لأن الكلب والفهد قد ذكياه.

وكذلك لو وقع بعد ذلك [في ماء][5]، فإنه يؤكل، ولا يضره بعد ذلك

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م، ج.

(٢) في م (سهم أو سبع).

(٣) في أ (حياة) والمثبت من م، ج.

(٤) في م (يذبحه) وفي ج (يدركه).

(٥) في أ (فرما) والمثبت من م، ج.




شيء؛ لأنه مذكىً كالشاة تذبح ثم تضطرب فتقع في ماء؛ لأن هذه قد فرغ من ذكاتها.

وكذلك جرح الصيد الذي لو مات منه قبل أن يقدر على ذكاته، كان ذكيًا.

فإن أدركه حيًا وبه من الجراح ما لا يعيش إلا قدر ما يعيش المذبوح، فترك ذبحه، لم يضر.

حدَّ محمد بن الحسن في الجرح هذا الحدّ، فقال: إذا كان يعيش مَنْ مثله مقدار ما يبقى المذبوح، أكل، وإن كان يطول به ذلك، لم يؤكل حتى يذكى.

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمدًا قال في رجل رمى صيدًا فأصابه، وهو لا يعيش من مثل هذه الرمية، وقد علم ذلك ثم تركه ولم يذكه، وهو يقدر على أن يذكيه، قال: إذا كانت رميته لا يعيش من مثلها إلا بقدر اضطرابه في ذبحه، كان قد [بقر][1] بطنه أو قطعه، فإنما يضطرب ساعةً ثم يموت قبل أن يذبح، [فإنه][2] يأكله، ولا يحرم عليه إن تركه ولم يذكه.

وإن كانت رميته قد يعيش منها يومًا أو ساعة وهي به، كأن قد خرجت[3] أمعاؤه وهو يعيش يومًا أو عامة يومه، فإنه لا يؤكل؛ لأنه [قد] قدر على ذكاته فلم يذكه.

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا شَقَّ الكلبُ بَطْنَ الصيد، فأخرج ما فيه،

(١) في أ (بقي) والمثبت من م، ج.
(٢) في أ (فلم) والمثبت من م، ج.
(٣) في ج (بأن قد خرق أمعاءه).




فأدركه صاحبه وبه رمق، فليس عليه أن يذكيه، وكذلك لو جزأه باثنين.

قال أيّده الله: وهذا كله قدمناه، وكان الشيخ أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: يجب أن يكون قول أبي حنيفة بخلاف ذلك، ويجب عنده الذبح[1] في جميع الأحوال بناءً على مسألة المتردية.

وقال ابن سماعة في نوادره، عن أبي يوسف: لو أن رجلاً قطع شاةً نصفين، ثم أنَّ رجلاً فرى أوداجها والرأس يتحرك، أو شق رجل بطنها فأخرج ما في جوفها، وفرى الآخر الأوداج، فإن هذا لا يؤكل من قِبَلِ أن الأول [قتلها][2].

وهذا على وجهين: إذا كانت الضربة مما يلي العجز، لم تؤكل الشاة، فإن كانت مما يلي الرأس[3]، أكلت؛ لأن العروق المشروطة [قطعها] في الذبح متصلة من القلب إلى الدماغ، فإذا قطعها حلت، [وأما] إذا لم يقطعها فالجراحة لا تتعلق بها إباحة[4].

فإن كان لا يعيش من مثلها، لم يُعتدَّ بالذبح عند أبي يوسف.

قال: وأما الوقيذة، فإنها إذا ذكيت حلّت، وهذا على وجهين:

إن كان في المتردية والوقيذة وجريحة السبع حياةٌ مستقرة، حلّت بالذبح في قولهم؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، وإن كانت الحياة غير مستقرة جاز عند أبي حنيفة للآية؛ ولأنه فرى الأوداج مع وجود الحياة، فصار كالحياة المستقرة.

---

(١) في م (الذكاة).

(٢) في أ (قاتل) والمثبت من م.

(٣) في م (القلب).

(٤) انظر: الأصل ٥/٣٩٠، ٣٩١.

وأمّا أبو يوسف: فاعتبر أن يكون مثلها ما يعيش، فإن كان لا يعيش مثلها، لم تحل.

واعتبر محمد: أن تبقىٰ أكثر من بقاء المذبوح.

وجه قولهما: أن الحياة فيها إذا لم تكن مستقرة، لم يعتد بالذبح، كالمجوسي إذا ذبح الشاة، ثم جاء مسلم فقطع الحلق.

وقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: وكل شيء من الصيد أصبته برمي، أو بكلب، أو بفهد، أو ببازٍ، أو بصقر، [فوقع في يدك][1] حيًا ثم مات، فلا تأكله، ليس لهذا ذكاة إلا الذبح، وهذا علىٰ ما بيّنا: أن ما ثبت اليد عليه فذكاته الذبح متوحشًا كان أو مستأنسًا.

قال: وكل بعير، أو بقرة، أو شاة، نَدَّتْ حتىٰ تكون بمنزلة [الصيد] لا يقدر عليها صاحبها، فإن ذكاتها ذكاة الصيد[2]؛ وذلك لما بيّنا: أن ما لا تثبت اليد عليه، فذكاته الجرح وإن كان مستأنسًا في الأصل؛ وذلك لما روي أن بعيرًا نَدَّ فرماه رجل فقتله، فقال رسول الله ﷺ: «**إن لهذه الإبل أوابد كأوابد الوحش، فإذا صنعت هكذا فاصنعوا بها هكذا**»[3]؛ ولأن الحكم لا يعود إلىٰ الجنس، وإنما يتعلق بالقدرة وعدم القدرة، فإذا لم يقدر علىٰ المستأنس، صار كالصَّيْدِ. [٣٠٣/ب]

---

(١) في أ (فترك) والمثبت من م، ج.

(٢) في ج (ذكاة واحدة).

(٣) أخرجه الشيخان بلفظ (فإذا غلبكم منها...): البخاري (٢٣٧٢)؛ ومسلم (١٩٦٨)؛ وبلفظ (فما فعل منها هذا..) في البخاري (٥٢٢٣).

وقد روي عن محمد: أنه قال في البعير والبقر إذا ندَّا في المصر أو في الصحراء: فذكاتهما العَقْر؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما، فلا يقدر عليهما.

قال محمد: والبعير الذي ندّ على عهد رسول الله ﷺ كان بالمدينة.

وأما الشاة فإن نَدَّتْ في الصحراء، فذكاتها العَقْر؛ لأنه لا يقدر عليها، وإن ندت في المصر لم يجز عقرها؛ لأنها لا تدفع عن نفسها، فيمكن أخذها في المصر، فلم يجز عقرها مع التمكن منها.

قال: وما وقع منها في قَلِيب، فلم يقدر على إخراجها، ولا مذبحها، ولا منحرها[1]، فإن ذكاة هذه ذكاة الصيد، هذا ما اجتمع عليه أصحابنا؛ وذلك لأن الذبح فيه متعذر، فصار كالصيد الذي لا يمكن ذبحه.

وذكر مسائل عن أبي يوسف بعد هذا، قد دخلت فيما ذكرناه.

وذكر في المنتقى: [في البعير] إذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة، حَلَّ أكله إذا كان لا يقدر على أخذه، وضمن قيمته، فجعل الصول[2] بمنزلة النَدِّ[3].



(١) في م، ج بالإفراد (على إخراجه ولا مذبحه ولا منخره...).

(٢) «صال الفحل يصول صَولاً: وثب». المصباح (صول).

(٣) انظر: الأصل ٥/٣٦٠ وما بعدها.

بَابُ
الصيد يأخذُهُ الكلبُ فيجرحُهُ أو لا يجرحُهُ، هل يُؤكل؟



قال أيده الله: أصل هذا الباب ما قدمنا: أن الجارح إذا جرح الصيد فمات، أُكل في قولهم؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤]؛ ولقوله ﷺ: «كُلْ ما أمسك عليك كلبك».

وأما إذا خنق الصيد فمات، فالمشهور عنهم: أنه لا يؤكل.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه يؤكل، وقد بيّنا ذلك.

فأما إذا لم يجرحه ولم يخنقه، ولكنه كسر عضوًا منه فمات، فإن أبا الحسن رحمه الله قد ذكر أنه لم يجد(١) عن أبي حنيفة شيئًا مصرحًا.

وقد حكىٰ محمد في الزيادات المسألة، فأجاب فيها جوابًا مطلقًا: أنه إذا لم يجرح لم يؤكل، و[ظاهر] هذا يقتضي أنه لا يحل بالكسر.

وقال: وذكر أبو يوسف في أثر حكايته عن أبي حنيفة، فقال: وإن قتله من غير أن يجرحه بنَابٍ ولا مِخْلَب، فإنه لا يؤكل، وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح، فإن جرح بنابٍ أو مِخْلَبٍ أو كسر عضوًا فقتله، فلا بأس بأكله، وظاهر هذا الكلام يقتضي أن الكسر كالجرح.

ووجهه: أن الكسر جراحة باطنة فيه، فهي كالجراحة الظاهرة.

---

(١) في م (لم يحك).

ووجه ما حكاه محمد: أن الجرح يقع بها إنهار الدم، وهذا المعنىٰ لا يوجد بالكسر، فصار كالخنق [وزيادة][1].

وقد قالوا: إذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه، فإن وصل إلىٰ اللحم فأدماه أكل، وإلَّا لم يؤكل، وهذا علىٰ الرواية التي قال: إنه لا يحل إلا بالجرح.

واختلف أصحابنا المتأخرون في الشاة إذا ذبحت فلم يسل منها دم، هل يجوز أكلها أم لا؟ قالوا: وهذا [قد] يكون في الشاة إذا اعتلفت العنّاب[2].

فقال أبو القاسم الصفار: لا تؤكل حتىٰ يسيل الدم؛ لقوله ﷺ: «**ما أفرىٰ الأوداج وأنهر الدم، فكل**»[3].

وقال أبو بكر الإسكافُ، والهندواني: تؤكل؛ [وذلك] لأن فري الأوداج قد حصل، وهناك [مانع][4] يمنع من خروج الدم، فصار كما لو [احتبس][5] الدم بعد القطع في بعض العروق[6].



---

(١) الزيادة من م.

(٢) «العُنَّاب: شجر شائك من الفصيلة السِّدْرية، يبلغ ارتفاعه بضعة أمتار، ويطلق النُّاب علىٰ ثمره أيضًا، وهو أحمر حُلْو لذيذ الطعم، علىٰ شكل ثمرة النَّبَق». المعجم الوجيز (عنب).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٢٧٨/٩؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ٤٩٦/٤؛ الدراية، ٢٠٧/٢.

(٤) في أ (ما يمنع)، وفي ج (فهناك عارض منع)، والمثبت من م.

(٥) في أ (حبس) والمثبت من م، ج.

(٦) انظر: الأصل ٣٦٣/٥.

بَابُ
الرجل يُرسل الكلبَ فيعرض في إرساله ما يُفسدُ الإرسالَ أو لا يُفسدُه



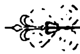
قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا أرسل المسلمُ كلبه المعلمَ وسمَّى، ثم زجره مجوسيٌّ أو مُرْتَدٌّ، أو مُحْرِمٌ، فانزجر لزجره، فأخذ الصيد فقتله، فإنه يؤكل.

ولو كان المُرسل مجوسيًا، أو مرتدًا، أو من لا تجوز ذكاته، ثم زجره مسلم وسمّى، أو كتابي وسمّى، فانزجر لزجره، فإنه لا يُؤكل؛ لأن أصل الإرسال كان فاسدًا.

وكذلك لو أرسل مسلم كلبًا، وترك التسمية عمدًا، فزجره مُسلمٌ وسمّى فانزجر لزجره، لم يُؤكل[1].

ولو كان الأول [قد] سمّى فزجره رجل [مسلم] لم يسم على زجره، فأخذ الصيد فقتله، أكل ذلك؛ [وذلك] لأن الإرسال الأول قد تعلق الحكم به: إما الإباحة، أو الحظر، والزجر[2] بعده ليس بسبب [مماثل][3] له، فلا يسقط حكم الإرسال بما هو دونه، وصار كالمسلم إذا ذبح فأَمَرَّ المجوسي السكين بعده، وصار الفعل الثاني كذبح مجوسي، فأمرّ المسلم السكين بعده، يتعلق الحكم

(١) انظر: الأصل ٥/٣٦٠، ٣٦١.
(٢) في م هنا (والثاني).
(٣) في أ (قاتل)، والمثبت من م، ج.




بالفعل الأول، وسقط الثاني؛ لأنه ليس بمماثل له.

قال: ولو أن مُسلمًا أرسل كلبًا فتبع الكلب كلبٌ آخر غير معلم، أو معلم لم يرسله أحد، ولم يزجره بعد انبعاثه، أو سَبُعٌ من السباع، أو ذو مِخْلَب من الطير ممَّا يجوز أن يُعَلَّم فيصاد به، فرد الصيد عليه، وهيّبه، أو فعل ما يكون معونة للكلب في إرساله، فأخذ الكلب الذي أرسل، فقتله لم يؤكل؛ وذلك لأن ردَّ الكلب وتهييبه مشاركة في الصيد، ألا ترىٰ أن المشاركة هكذا تقع، ومتىٰ اشترك في الصيد مُعلم وغير معلم، أو ما سُمِّي عليه وما لم يُسَمَّ عليه، لا يؤكل؛ لاجتماع سبب الحظر والإباحة.

وليس كذلك إذا رَدَّ عليه آدمي أو بقرة أو فرس أو هيبه؛ لأن فعل هؤلاء ليس من جنس الاصطياد، فلم يجتمع في سبب الأخذ الذي هو الاصطياد ما يوجب الحظر والإباحة، فحلّ الأكل[١].

قال: وإن تبع الكلب كلبٌ غير معلم، فلم يردّ عليه ولم يهيب الصيد، ولكنه اشتد عليه، وكان الذي أخذه الكلب المعلم فقتله، [فإنّ][٢] هذا لا بأس بأكله؛ وذلك لأنه لم يوجد منه معاونة، فلم يشتركا في الاصطياد، فحَلَّ [الأكل]، وصار كمسلم أضجع شاة فأمسكها مجوسي حتىٰ ذبحها المسلم.

قال: وإذا أرسل الرجل كلبًا علىٰ صيد وسمَّىٰ، فأخطأه وأخذ صيداً غيره فقتله، أُكل، وكذلك لو أرسله علىٰ جماعة صيد، ولم ينوِ شيئًا منها بعينه، فإنه يؤكل إن قتل منها شيئًا.

---

(١) في م (الاصطياد).

(٢) في أ (قال) والمثبت من م، ج.

وكذلك لو أرسله على صيد بعينه وسمّى، فاتبع الكلب صيدًا آخر غيره، فأخذه فقتله، فإنه يؤكل(١).

وكذلك لو أرسله على ظبي فأخذ طيرًا، أو على طير فأخذ ظَبْيًا، فإن ذلك كله جائز لا بأس بأكله.

والطير في هذا كله مثل الكلب؛ وذلك(٢) لأن تعيين الصيد بالإرسال فيه مشقة، ألا ترى أن الإنسان يرسل الكلب على قطيع ظِبَاءٍ، أو يرمي إلى قطيع [من الظباء] فيتعذر عليه تعيين المرمي، وما تعذر في(٣) الصيد سقط حكمه كالذبح في موضع الذبح، فإذا سقط التعيين، جاز أكل ما أخذه الكلب [٣٠٤/أ] وإن كان المرسل عيّن غيره.

[قال]: ولو انفلت كلب على صيد ولا مُرسل له، فزجره مسلم وسمّى، فأخذ الصيد فقتله، وإن كان انزجر لزجره، أكل، وإن كان لم ينزجر لزجره لم يؤكل؛ وذلك لأن ترسل الكلب قبل إرساله لا يمكن الاحتراز منه؛ لأنه يخطو إلى الصيد بطبعه الخطوة والخطوتين، وما لا يحترز منه لا يعتد به؛ ولأنه لم يتقدم على زجر المسلم سبب يتعلق به حكم؛ لما قدمنا أن فعل الكلب لا يتعلق به حظر ولا إباحة، وفعل الآدمي يتعلق به حكم، فإذا وجد سبب يتعلق به الحكم ولم يتقدمه سبب آخر، تعلق الحكم به.

وليس كذلك إذا سبق الزجر إرسال الآدمي؛ لأن السبب الأول قد تعلق الحكم به، فلا يسقط بما بعده.

---

(١) هنا في م (وكذلك لو أرسله على طير بعينه، فأخطأه، وأخذ صيدًا غيره فقتله، أكل).

(٢) هنا زيادة عبارة في ج: (وذلك لأن التعيين جائز لا بأس به).

(٣) في م (في إرسال الصيد).




ونظير هذا ما قالوا في رجل حفر بئرًا في الطريق ، ووضع رجل آخر حجرًا إلىٰ جنبها ، فعثر بالحجر إنسان ، فوقع في البئر فمات: فضمانه علىٰ واضع الحجر ؛ لأنه قد تقدم علىٰ وقوعه في البئر سبب يتعلق به الضمان ، فلم يتعلق بالسبب الثاني حكم.

ولو تعثر بحجر ثابت في الطريق لم يضعه أحد ، أو بحجر جاء به السيل ، فوقع في البئر ، فالضمان علىٰ الحافر ؛ لأن سبب الإتلاف وجد بالبئر ، ولم يتقدمه سبب يتعلق به الحكم ، فتعلق بالثاني.

قال: وإذا أرسل المسلم كلبه علىٰ صيد وسمّىٰ ، فأدرك الكلبُ الصيدَ فضربه فوقذه ، ثم ضربه ثانية فقتله ، أكل.

وكذلك لو أرسل كلبين علىٰ صيد فضربه أحدهما فوقذه ، ثم ضربه كلبه الآخر فقتله ، أكله ؛ وذلك لأن هذا المعنىٰ لا يمكن ضبطه من فعل الكلب ؛ ألا ترىٰ أنه لا يمكن [أن يعلم] ترك الجرح بعد الجرح الأول ، وما لا يمكن تعليمه سقط اعتباره ، فكأنه قتله بجرح واحدٍ.

قال: ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه علىٰ صيد ، فضربه كلب أحدهما فوقذه ، ثم ضربه كلبُ الآخر فقتله ، فإنه يؤكل ، والصيد لصاحب الأول ؛ وذلك لما بيّنا أن جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن التحفظ منه ، فلم يمنع من الإباحة.

فأمَّا الملك ، فجراحة[١] الكلب الأول لما أخرجت الصيد من حيز الامتناع ، صار ملكًا لصاحب الكلب ، فجراحة الثاني لا تزيل ملكه عنه[٢].

(١) في م (فلأن جراحة).
(٢) انظر: الأصل ٥/٣٦٠ وما بعدها.

بَابُ
متى يكون الكلبُ معلمًا ومتى يخرج من التعليم



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: [تعليم الكلب][1]: أن يرسل فيتبع الصيد، فإذا أخذه أمسكه علىٰ صاحبه ولم يأكل منه شيئًا، فإذا فعل ذلك، فهو مُعلم.

وتعليم الجارح في [الطير][2]: أن يستجيب إذا دُعي، فإذا أرسل علىٰ الصيد تبعه فأخذه، فإن كان أَكَل منه أُكِل صيده، وهو معلم إذا استجاب إذا دُعي، وتبع الصيد إذا أرسل.

وكان أبو حنيفة لا يحد في تعليمه حدًّا، ولا يوقِّت وقتًا، ولكن كان يقول: إذا كان عالمًا فُكل، هذه رواية الأصل[3].

وقال ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: وسألته ما حدّ تعليمه؟ قال: أن يقول أهل العلم بذلك: إنه مُعَلَّم.

وقال في المجرّد عن أبي حنيفة: لا يأكل أول ما يصيد ولا الثاني، ثم يأكل الثالث وما بعده، وهي رواية ابن شجاع [عن الحسن] عن أبي حنيفة.

وقال في الأصل: إذا أخذ الصيد فلم يأكل، وأخذ آخر فلم يأكل، ثم صاد الثالث فلم يأكل، فهذا مُعَلّم[4].

---

(١) في أ (تعليمه) والمثبت من م ج.

(٢) في أ ج (الصيد) والمثبت من م.

(٣) انظر: الأصل ٥/٣٧٤.

(٤) المصدر السابق ٥/٣٧٦.




والتعليم عنده: أن يرسل ثلاث مرات، كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل، وهذا قول أبي يوسف ومحمد.

والأصل في هذا ما قدمنا: أن صيد الجارح لا يحل إلا أن يكون الجارح معلمًا.

والتعليم في الكلب: يكون بترك الأكل؛ لأنه يضرب حتىٰ يتعوّد، إلا أن أبا حنيفة رجع في ذلك إلىٰ أهل الصنعة؛ لأن الكلب قد يمسك عن الأكل للشبع، وقد يمسك للتعليم، فوجب أن يرجع إلىٰ أهل العلم بذلك.

وأما في الرواية الأخرىٰ: فجعل تكرار ترك الأكل دلالة علىٰ التعليم؛ [لأنه لا يتفق له الشبع في كل مرة، فالظاهر أنه تركه للتعلم]، وإنما قدّروا التكرار بثلاث مرات؛ لأنها موضوعة للاختبار في خيار الثلاثة، وقال موسىٰ للخضر عليهما السلام في المرة الثالثة: ﴿إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَاحِبْنِي﴾ [الكهف: ٧٦]، وروي عن عمر أنه قال: من اتّجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح، فلينتقل إلىٰ غيره[1].

ثم اختلفوا في أكل الثالثة، فقال أبو يوسف ومحمد: إنما يصير مُعَلَّمًا بتكرار ترك الأكل ثلاثًا، فما اصطاد بعد ذلك فهو صيد معلم، فيؤكل، وما كان قبل ذلك فلم يعلم التعليم، فلا يؤكل.

وقال في رواية الحسن: تؤكل الثالثة؛ لأنها قد دلت علىٰ التعليم، فصار صيد معلم، فأكل.

قال: وإذا صار معلمًا في الظاهر، وصاد به صاحبه، ثم أكل بعد ذلك مما

(١) أورده الكاساني في البدائع ٥/٥٣.

صاده، فقد بطل تعليمه، فلا يؤكل صيده حتىٰ يُعلم تعليمًا ثانيًا، فما كان صاد قبل ذلك لم يؤكل كله في قول أبي حنيفة، ويؤكل عند أبي يوسف ومحمد.

ومن أصحابنا من حمل هذا الخلاف علىٰ أن الأكل كان مقاربًا[1] لزمان التعليم؛ لأنه إذا كان كذلك، دل علىٰ فقد التعليم؛ لأن المدة القصيرة لا ينسىٰ فيها، وإنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع، فلم يؤكل.

فأما إذا طالت المدة، فيجوز أن يكون أكل للنسيان، فلا يستدل بذلك علىٰ فقد التعليم في الأصل، فلذلك أُكل.

وظاهر الرواية يقتضي: أنه لا يؤكل بكل حال؛ وذلك لأن الاصطياد ليس بعلم مكتسب، وإنما هو من الضروريات، ومثل ذلك لا يُنسىٰ، وإنما يضعف بالترك كالخياطة والرمي، فلما أكل الكلب [من الصيد]، علم أنه لم يكن معلمًا في الأصل، فلا يؤكل صيده؛ ولأن ما لا يؤكل صيده من الجوارح في الحال، لا يؤكل ما تقدم من صيوده، كغير المعلم.

وجه قولهما: أن أكل الكلب يجوز أن يكون لفقد التعليم، ويجوز أن يكون لفرط الجوع، فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك؛ ولأن الكلب قد ينسىٰ كما ينسىٰ الآدمي، فيجوز أن يكون أكله للنسيان، فلا يحرم ما تقدم من صيده، إلا أنه يعود بهذا الأكل إلىٰ حاله في الأصل، فلا يحل اصطياده في قولهم.

فأمّا علىٰ قول أبي حنيفة؛ فلأنه استدل علىٰ فقد التعليم في الأصل.

وعلىٰ قولهما: يجوز أن يكون لم يتعلم، ويجوز أن يكون نسي، فلا يحل

(١) في م، ج (مقارنًا).

صيده بالشك، إلا أن يستأنف تعليمه.

وشرط تعليمه في الثاني، كالشرط في الابتداء على اختلافهم فيه.

وقال في الأصل: في رجل أرسل كلبه على صيد، وهو معلم، فأخذ صيدًا فقتله، فأكل منه، ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل، قال: لا يأكل واحدًا منهما؛ وذلك لأنه لما [٣٠٤/ب] أكل، دل على النسيان، أو فقد التعليم، فلم يحل صيوده بعد ذلك[١].

قال: وإن أخذ الكلب المُعلم صيدًا، فأخذه منه صاحبه، فأخذ صاحب الكلب من الصيد قطعة فألقاها إلى الكلب فأكلها الكلبُ، فهو على تعليمه؛ وذلك لأن ترك الأكل إنما تعوّده الكلب في حال أخذه، ولا يعود في غير ذلك، فأكله في غير ذلك لا يدل على فقد التعليم؛ ولأن من عادة الصائد أن يطعم الكلب من لحم الصيد بعد أخذه منه، فلم يقدح ذلك في التعليم[٢][٣].

قال: وكذلك لو كان صاحبُ الكلب أخذ الصيد من الكلب، ثم وثب الكلبُ على الصيد، فأخذ منه قطعة فأكلها وهو في يد صاحبه، فإنه على تعليمه؛ وذلك لأن الأكل بعد ثبوت يد الآدمي عليه كالأكل من غيره، فلا يؤثر في التعليم.

وكذلك قالوا: لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه إلى صاحبه، لم يؤثر فيه؛ لأنه يفعل ذلك للجوع؛ ولأن هذا الأكل لم يدخل في التعليم.

قال: فإن أكل من الصيد وهو في موضعه لم يأخذه صاحبه، كرهت أكله؛

(١) في الأصل قال: «لأنه جاهل، فليس بمعلم حيث أكل». ٣٦٥/٥.

(٢) أورد الكاساني النص بلفظه ٥٤/٥.

(٣) انظر: الأصل ٣٦٦/٥.

لأن هذا الأكل حصل قبل أخذ صاحبه، فصار كالأكل في حال الاصطياد.

قلت: أرأيت الكلب المعلم يرسل على صيد، فتبعه فنهشه، فقطع منه قطعة فأكلها، ثم أخذ الصيد بعد ذلك، فقتله ولم يأكل منه شيئًا، هل يؤكل؟ قال: لا؛ وذلك لأن هذا الأكل حصل في حال الاصطياد، وذلك يدل على فقد التعليم.

قلت: فإن نَهَشَه فألقى منه بضعة[١] والصيد حَيّ، ثم [اتبع][٢] الصيد بعد ذلك، فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيئًا، هل يؤكل؟ قال: نعم؛ وذلك لأنه لم يوجد منه ما يدل على فقد التعليم، وقطع قطعة من الصيد يتوصل به الكلب إلى أخذه، فهو كالجرح.

قلت: أرأيت إن أخذ صاحبُ الكلب الصيدَ من الكلب بعدما قتله، ثم رجع الكلب بعد ذلك فمرّ بتلك القطعة فأكلها، هل يؤكل صيده؟ قال: نعم؛ وذلك لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره، فإذا أكل مما بان[٣] منه أولى.

قال: فإن اتبع الصيد فنهشه وأخذ منه بضعةً[٤] فأكلها وهو حي، فانفلت الصيد منه، ثم أخذ الكلب صيداً آخر وهو في فوره فقتله ولم يأكل منه، هل يؤكل؟ قال: أكره أكله؛ وذلك أن الأكل في حال الاصطياد يدل على فقد التعليم، فلا يؤكل ما يصطاد بعده. [والله أعلم][٥].

(١) في م (قطعة).
(٢) في أ (امتنع) والمثبت من م، ج.
(٣) في م (يأتي).
(٤) في م (قطعة).
(٥) انظر: الأصل ٥/٣٦٦.

بَابُ
بقاء الإرسالِ وانقطاعِهِ



قال: وإذا أرسل الرجل الكلبَ أو غيره على الصَّيْدِ وسمَّى، فما أخذ في ذلك الفور من الصيد، فقتله، فإنه يؤكل ذلك كله، فإن أخذ صيدًا فقتله، ثم أخذ آخر فقتله، أكل ذلك؛ وذلك لأنه لم ينقطع عن حال الإرسال، فصار الثاني كالأول؛ ولأنا بيّنا أن التعيين لا يُمكن في الإرسال، فصار صيد الكلب لصيدين في فوره كوقوع السَّهم بصيدين.

قلت: فإن جثم[1] على [أحدهما][2] طويلاً، ثم مرَّ به آخر فأخذه فقتله، لم يؤكل.

وكذلك إن أرسل الكلب أو غيره على صيد، فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة، وتشاغل بغير طلب الصيد، وفتر عن سَننهِ ذلك، ثم تبع صيدًا فأخذه فقتله، فإنه لا يؤكل إلا بإرسال مستقبل، أو أن يزجره صاحبه ويسمّي فينزجر؛ (لأنه إذا جثم على الصيد طويلاً أو تشاغل في حال الإرسال، فذهب يمنةً أو يسرة انقطع حكم الإرسال.

وإذا قصد صيدًا بعد ذلك فقد ترسل بنفسه، فلا يحل صيده إلا أن يزجره صاحبه فينزجر)[3].

---

(١) في ج (جثى).

(٢) في أ (أخذها) والمثبت من م، ج.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

قال: فإن كان الذي أُرسل فهدٌ فالفهد إذا أرسل كَمَنَ ولم يتبع حتىٰ يستمكن، فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله، هل يؤكل؟ قال: نعم.

وكذلك الكلبُ إذا أرسله الرجل، فصنع كما صنع الفهد، قال: لا بأس بأكل ما صاد؛ وذلك لأن [الكَمِيْن][1] ليتمكن من الصيد من أسباب الاصطياد، فلا يقطع حكم الإرسال كالوثوب والعَدْوِ.

قال: وكذلك البازي إذا أرسل [علىٰ صيد][2] فسقط علىٰ شيء ثم طار فأخذ الصيد، فإنه يؤكل؛ لأنه إنما يسقط علىٰ شيء ليتمكن من الصيد، فصار ذلك ككُمُوْنِ الفهد.

قال: وكذلك الرامي إذا رمىٰ صيداً بسهم، فما أصابه في سننه ذلك ووجهه أكل؛ لأنه إذا مضىٰ في سَنَنَه فلم ينقطع [حكم][3] الرمي، فصار ذهابه بقوة الرامي، فيتعلق به الإباحة.

[قال]: فإن أصاب واحداً ثم نفذ إلىٰ آخر وآخر، أكلوا؛ لأن تعيين الصيد غير معتبر، ونفوذه من واحد إلىٰ واحد بقوة الرامي، فصار الثاني كالأول.

قال: فإن أمالت الريح السهمَ إلىٰ ناحية أخرىٰ يميناً أو شمالاً، فأصاب صيداً آخر، لم يؤكل؛ لأن السهم قد انصرف عن وجهه؛ وذلك لأنه إذا عدل عن سَننه انقطع حكم الرمي، فصارت الإصابة بفعل غير الرامي، وهذا لا يتعلق به

---

(١) في م، ج (الكمون) والمثبت من أ. «والكمين من حيل الحرب: وهو أن يستخفوا في مَكمن لا يُفْطن لهم». المغرب (كمن).

(٢) في م (علىٰ شيء) وساقطة من أ، والمثبت من ج.

(٣) في أ (جثم) والمثبت من م، ج.




إباحة، ألا ترى أن سيفًا لو كان على حبل فألقته الريح[1] على صيد فقتله، لم يؤكل؛ لأنه لم يستند إلى فعل آدمي، فكذلك هذا.

قال: فإن لم ترده الريح عن وجهه ذلك، أكل الصيد؛ لأنه إذا مضى على وجهه، فمضيّه بقوة الرامي، ومعونة الريح للسهم لا يمكن الاحتراز منه، فسقط حكمه.

قال: وإن أصابت الريح السهم، وهي ريح شديدة، فدفعته ولم يتغير عن وجهه ذلك، فأصاب السهم صيدًا، فإنه يؤكل؛ وذلك لأنه مضى في وجهه، ومعونة الريح إذا لم يعدل به عن جهته لا يمكن الاحتراز منه، فسقط حكمه.

قال: ولو أصاب السهم حائطًا أو صخرةً، فرجع فأصاب صيدًا، فإنه لا يؤكل؛ لأن فعل الرامي انقطع، وصارت الإصابة في غير جهة الرمي.

قال: فإن مرّ من الشجر السهم، فجعل يصيب الشجر في ذلك الوجه، والسهم على سَننه لم يتغير، فأصاب صيدًا فقتله، فإنه يؤكل[2].

فإن ردّه شيء من الشجر يمنة أو يسرة، فإنه لا يؤكل، وهذا على ما بيّنا.

فإن مرّ السهم فحجبه حائط، وهو على سننه ذلك، فأصاب صيدًا فقتله، أُكل؛ وذلك لأن فعل الرامي لم ينقطع، وإنما أصاب السهم الصيد والحائط وذلك لا يؤثر.

قال أبو يوسف: في رجل رمى صيدًا فأصاب السهمُ صخرةً، ثم أصاب

---

(١) في ج زيادة (عن الحبل).

(٢) الأصل ٥/٣٨٤، ٣٨٥.

السهم الصيدَ فقتله، وقد سمَّىٰ، قال: إن كان السهم مرّ علىٰ وجهه مستويًا بعدما أصاب الصخرة، أو يمينًا أو شمالاً، أكل، وإن كان [ذلك] رجع راجعًا فأصاب الصيد فقتله، لم يؤكل، وهذا مخالف للأول.

ووجهه: أن السهم [قد] يعدل عن السنن يمينًا وشمالاً، فلا يعتد بذلك.

وكذلك إذا أصابَ الصخرة، فالظاهر أن فعل الرامي لم ينقطع، فأما إذا رجع فقد انقطع فعله؛ لأن السهم لا يرجع من غير سبب.

قال: ولو أن رجلاً رمىٰ بسهمٍ وسمّىٰ، ثم رمىٰ رجل آخر بسهم [٣٠٥/أ]، فأصاب[١] السهمَ الأولَ قبل أن يصيب الصيدَ، فردّه عن وجهه ذلك فأصاب صيدًا فقتله، فإنه لا يؤكل[٢]؛ لأنه لما رجع بدفع السهم الثاني عن سننه انقطع حكم الرمي، فلم يتعلق به إباحة، وهذا محمول علىٰ أن الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد، وقد حصل القتل بفعله فلا يتعلق به إباحة.

قال رحمه الله: وهذا محمول علىٰ أن الرامي الثاني لم يقصد الاصطياد، وقد حصل القتل بفعله، فلا يتعلق به إباحة.

فأمّا إن كان الثاني رمىٰ ليصطاد، حَلَّ أكل الصيد، وهو للثاني؛ لأنه مات بفعله وإن لم يقصده بالرمي، وتعيين المرمىٰ ليس بشرط.

قال: ولو أن رجلين رمىٰ كل واحد منهما صيدًا بسهم، فأصابا الصيد جميعًا ووقعت الرميتان بالصيد معًا، فمات، فإنه لهما ويؤكل؛ ذلك لأنهما اشتركا في

---

(١) في م زيادة (السهم الثاني) هنا.

(٢) انظر: الأصل ٣٨٥/٥.

سبب الاستحقاق وتساويا فيه، فتساويا في الاستحقاق[١].

فإن أصابه سهم الأول فوقذه، ثم أصابه سهم الآخر فقتله، قال أبو يوسف[٢]: يؤكل والصيد للأول، وقال زفر: لا يؤكل.

وهذه المسألة فرع على اختلافهم: أن المعتبر في الرمي بحال الرمي أو بحال الإصابة، فعند أصحابنا الثلاثة: أن المعتبر بحال الرمي؛ لأنه هو الذي يتعلق [الحكم] بفعله، والتسمية معتبرة عنده، وقد حصل رميهما جميعًا والصيد ممتنع، فلم يتعلق بالسهم الثاني حظر؛ [إلَّا أن][٣] المِلْكَ للأول؛ لأن سهمه أخرجه من حيّز الامتناع، فصار سهم الثاني كأنه وقع بصيد مملوك، فلا يستحق به شيء.

وجه قول زفر: أن المعتبر بحال الإصابة؛ بدلالة أنه لو لم يصب لم يملك، وقد حصل السهم الثاني والصيد غير ممتنع، فصار كمن رمى إلى شاة فقتلها.

قال: وكذلك إن رمى أحدهما بعد الآخر قبل إصابة الأول، فهو كرميهما معًا (في القولين؛ لأن رمي الثاني حصل والصيد ممتنع، فهو كرميهما معًا)[٤].

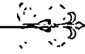
فإن أصاب سهم الأول، ثم رماه الثاني، فإن كان سهم الأول لم يخرجه من [حيّز] الامتناع، فأصابه الثاني، فهو للثاني؛ وذلك لأن الثاني هو الذي صاده، والأول فعل سببًا في الصيد، فصار كمن أثار صيدًا فأخذه غيره.

(١) في م (في المستحق).

(٢) في م فقط (أبو الحسن).

(٣) في أ (لأن) والمثبت من م، ج.

(٤) ساقطة من م، ج.

وإن كان سهم الأول وقذه وأخرجه من الامتناع، ثم أصابه سهم الثاني [فمات]، فهو على وجوه: إن مات من الأول، أُكل وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن السهم الأول وقع به وهو صيد، فإذا قتله حَلّ، وقد ملكه الأول بالإصابة، والجراحة الثانية نقص في ملك الأول، فيضمنها الثاني.

وإن مات من الجراحة الثانية لم يؤكل؛ لأن الثاني رمى إليه وهو غير ممتنع، فصار كالرمي إلى شاة، ويضمن الثاني ما نقصته جراحته؛ لأنه نقص دخل في ملك الغير بفعله، ثم يضمن قيمته مجروحًا جراحتين؛ لأنه أتلفه بفعله، إلا أنه غرم نقصان الجرح الثاني، فلا يضمنه ثانيًا، والجرح الأول نقص بفعل المالك للصيد، فلا يضمنه الثاني.

فأما إن مات من الجراحتين، لم يؤكل؛ لأن إحدى الرميتين يتعلق بها الحظر، والأخرى تتعلق بها الإباحة، (والصيد بينهما؛ لأنهما اشتركا في سبب ملكه، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحًا الجراحتين، ونصف ما نقصته الجراحة الثانية؛ لأنه أتلف على شريكه نصيبه حيث أخرجه من الإباحة إلى الحظر، فلزمه الضمان)(١).

فإن لم يعلم بأي الجراحتين مات، فهو كما لو علم أنه مات منهما؛ لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل في الظاهر(٢).

---

(١) عبارة م هنا مختلفة: (والصيد للأول؛ لأنه انفرد بسبب ملكه، وهو الجراحة التي أخرجته من الامتناع، وعلى الثاني للأول نصف قيمته مجروحًا بجراحتين، وما نقصته الجراحة الثانية؛ لأنه مات بفعلهما، فسقط نصف النقصان وثبت نصفه، والجراحة الثانية يضمنها الثاني؛ لأنها حصلت في ملك غيره).

(٢) انظر: الأصل ٥/٣٧٦ وما بعدها.

بَابُ
ما بان من الصيدِ، هل يؤكل أم لا؟



قال أبو الحسن رحمه الله: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**ما بان من الحي، فهو ميتة**»[1]، ولا أعلم بين أهل العلم خلافًا في أن رجلاً لو قطع من أَلْيَة شَاةٍ قِطْعَةً، أو من فخذها، أنه لا يحل له أكل ذلك، وهذا أمر كانت تفعله الجاهلية، كانوا يقطعون قطعة من ألية الشاة، ومن سِنَام البعير فيأكلونها، فقال صلى الله عليه وسلم: «**ما بان من حي، فهو ميت**»، فدل ذلك علىٰ تحريمه؛ لأن الميتة حرام.

قال: فإذا ركض بفرسه علىٰ صيد فضربه بسيفه، فقطعه باثنتين، فإنه يأكل النصفين جميعًا، روىٰ ذلك بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم، ورواه ابن زياد عن أبي حنيفة، وهو قول أصحابنا جميعًا[2].

قال إبراهيم: فإن كان ما يلي الرأس أكثر: فكُل ما يلي الرأس، ودع ما سواه، وإن قطعت منه عضوًا: فكل إلَّا العضو الذي قطعت، إلا أن يكون معلقًا بجلده، فتأكله كله.

قال أبو الحسن: وهو قول الحسن ومحمد، ولا أعلم عن زفر خلاف ذلك.

قال أيّده الله: والأصل في هذا ما قدمنا: أن الأَوْدَاج متصلة من القلب إلىٰ

---

(١) ورد الحديث بلفظ (ما قطع من البهيمة وهي حية...)، كما أخرجه الحاكم في المستدرك، ٤/١٣٧؛ والترمذي (١٤٨٠)، وقال: «حسن غريب»؛ ابن ماجه (٣٢١٧)؛ انظر: الدراية، ٢/٢٥٦.

(٢) انظر: الأصل ٥/٣٩٠، ٣٩١؛ الآثار ص١٣٩.

الدماغ، فإذا قطع الوَسَطَ وهو القلب، فقد قطع العُرُوق، فصار كالذبح، فيحل به الجميع.

وأما إذا قطع من ناحية العجز، أُكل الأكثر، ولم يؤكل الأقل عندنا.

وقال الشافعي: يؤكل(١).

لنا: قوله ﷺ: «**ما أبين من حي وهو حي، فهو ميت**»، والعضو المقطوع أبين من حي، فكان ميتًا؛ ولأن الجرح ليس بذكاة في حال وقوعه، وإنما يصير ذكاة إذا اتصل به خروج الرُّوح قبل القدرة، وإذا صار ذكاةً عند خروج الروح، صار ذكاة للجملة دون ما بان منها قبل ذلك.

وليس هذا كما لو قطع الأقل مما يلي الرأس؛ لأن ذلك القطع أصاب العروق، فصار ذكاة عند وقوعه، فحلت به الجملة.

وأما إذا تعلق العضو بجلده، فقد ذكر محمد في الأصل: إذا كان بمنزلة ما بان، لم يؤكل(٢).

وذكر أبو يوسف هذا في الإملاء، ولم يشرط شيئًا، وكذلك رواه الحسن من غير شرط.

ويجوز أن يكون ما شرط محمد قولهم؛ لأنه إذا تعلق بجلدة خفيفة، فذلك التعلق غير معتدٍ به، فصار بمنزلة البائن، ويحمل قولهم من غير شرط على التعلق الذي يجوز أن يبقى، فيكون العضو من جملة الحيوان، فذكاةُ الحيوان

---

(١) انظر: الأم ص٤١٩، ٤٢٠.

(٢) انظر: الأصل ٥/٣٩٠.

ذكاة لما اتصل به.

وقال أبو يوسف: إذا ضربت الرأس فقطعته طولاً أو عرضًا، فإن كان ما بقي من الرأس أكثر ما قطع، أكل الصيد، وما بقي من الرأس وإن كان سواء فَكُلْهُ كُلَّه.

وقال أبو يوسف بعد ذلك: إذا قطع الرأس نصفين، لم يؤكل النصف [البائن][1]، وأكل ما بقي من الصيد؛ وذلك لما بيّنا أن الأوداج متصلة بالرأس، فإذا قطع أقل الرأس فلم يعلم أنه قطع العروق، فصار ذلك في حكم الجرح الذي يبيح الجملة ولا يبيح ما بان.

وإذا قطع الأكثر من الرأس، فقد قطع العروق، فيصير ذلك كالذبح فيبيح الجملة.

والذي اختلف قول أبي يوسف فيه في النصف الأكثر، فهو بناء على قطع العروق، فكأنه ظن أنها [٣٠٥/ب] لا تكون إلا فيما يلي البدن من الرأس، فاعتبر قطع الأكثر، وقد كان ظن قبل ذلك أنه إذا قطع نصف الرأس قطعها.

قال هشام: سمعت محمدًا يقول في رجل ضرب رأس صيد فأبان بعض الرأس، أنه إذا كان [الذي] يلي إلى المذبح أقل، أكلهما جميعًا، وإن كان مما يلي المذبح [أكثر][2]، أكل الذي يلي المذبح، [وترك الآخر][3]، وهو قول أبي حنيفة.

قال محمد: وإن كانا سواء، أكلهما جميعًا، وهذا على ما بيّناه[4].

---

(١) في أ (الثاني) والمثبت من م، ج.

(٢) في أ (أقل) والمثبت من م، ج.

(٣) في أ (فهو كالآخر) والمثبت من م، ج.

(٤) انظر: الأصل ٥/٣٩٠ وما بعدها؛ كتاب الآثار لمحمد ص ١٨٠.

بَابُ
الرجل يسمعُ حس الصيد فيظنهُ صيدًا فيرسل كلبه عليه أو يرميه ثم يعلم أنه صيدٌ أو غير صيدٍ ما يحل من ذلك، وما لا يحل؟



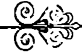
قال أيده الله: وجملة هذا الباب: أن مَن سمع حِسًّا فظنه صيدًا، فأرسل كلبه عليه أو بازه، أو رماه بسهمه، فأصاب صيدًا، وبان له أن الحس الذي سمعه لم يكن حسّ صيدٍ، وإنما كان حِسَّ شاةٍ أو بقرةٍ أو آدمي، لم يؤكل الصيد الذي أصاب في قولهم؛ لأنه أرسل علىٰ غير صيد، ورمىٰ إلىٰ غير صيد، فلم يتعلق بإرساله ورميه حكم الإباحة، وصار كأنه رمىٰ إلىٰ آدمي يعلم به فأصاب صيدًا، لم يؤكل.

وأما إذا كان الحِسُّ حِسَّ صيد مأكول، أو غير مأكول، فأصابَ صيدًا مأكولاً، أكل.

وقال زفر: إن كان حس صيد لا يؤكل لحمه، كالسباع وما أشبهها، لم يؤكل.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن كان حسّ سَبُعٍ، أُكل الصيد، وإن كان حِسّ خنزيرٍ لم يؤكل الصيد.

وجه قولهم المشهور: أن الاصطياد للحيوان المأكول وغير المأكول من جنس الصيد سواء في الإباحة، فإذا أحسّ بذلك فرماه، أو أرسل عليه، تعلق برميه وإرساله إباحة الاصطياد، وتعيّن به صيد مأكول، فأكل، كما لو كان الحس حس مأكول، فأصاب مأكولاً [آخر].

وجه قول زفر: أن السِّباع لا يحل أكلها، فرميها لا يتعلق به إباحة الأكل، فإذا أصاب غيرها لم يؤكل، كما لو كان حِس آدمي.

لأبي يوسف: أن الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجهٍ، والسباع وإن كانت محرمةً جاز الانتفاع بها.

فإذا رمىٰ إلىٰ صيد يجوز الانتفاع به، وتعيّن برميه المأكول، جاز أكله، وإذا رمىٰ إلىٰ صيد لا يحل الانتفاع به بحال، لم يتعلق برميه حكم الإباحة، فلم يحل ما تعيّن به.

وأما إذا لم يعلم أن الحس حس صيد أو غيره، لم يأكل ما أصابه؛ لأن الحظر والإباحة تساويا، فكان الحكم للحظر.

وقال في الأصل: فيمن رمىٰ خنزيرًا أهليًا، فأصاب صيدًا، قال: لا يأكل؛ لأن الخنزير الأهلي ليس بممتنع، فالرمي إليه كالرمي إلىٰ الشاة، فلا يتعلق به حكم الإباحة وإن أصاب صيدًا مأكولاً.

وقالوا فيمن سمع حسًّا فظنه آدميًا، فرماه، فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد أكل؛ لأن تعيينه بالظن والرمي يسقط القصد، ويصير كأنه قصد إلىٰ [المحسوس][1].

وقالوا: لو رمىٰ طائرًا فأصاب صيدًا، وذهب المرمىٰ فلم يعلم أوحشي هو أو مستأنس، أكل الصيد، وهذا مبني علىٰ أن الطير الداجن[2] إذا رمي في

(١) في أ (المحبوس) والمثبت من م، ج.

(٢) في ج (النافر) وفي م (الصيد).

الصحراء لم يحلها العَقْر؛ لأنه يأوي البيوت، فتثبت اليد عليه، إلا أنه لما رمىٰ إلىٰ طائر، ثم شَكَّ فيه، فالأصل في الطير التوحش حتىٰ يعلم الاستئناس، فتعلق برميه الإباحة.

وقالوا: لو رمىٰ بعيرًا فأصاب صيدًا وذهب البعير، فلم يعلم أنادّ هو أو غير ناد؟ لم يؤكل الصيد حتىٰ يُعلم أن البعير كان نادًّا؛ لأن الأصل في الإبل الاستئناس حتىٰ يعلم غيره.

واختلفت الرواية عن أبي يوسف فيمن رمىٰ سمكة أو جرادة، فأصاب صيدًا، فقال: لا يؤكل؛ (لأن السمكة والجرادة لا ذكاة لهما.

وروىٰ ابن أبي مالك عنه: أنه يؤكل الصيد؛ لأن المرمىٰ من جملة الصيد وإن كان لا ذكاة له.

وقالوا: لو أرسل كلبًا علىٰ طير[1] موثق، فأصاب صيدًا، لم يؤكل)[2]؛ لأن الموثق لا يجوز صيده بالكلب، فهو كالشاة.

ولو أرسل بازه علىٰ ظبي، وهو لا يصيد الظباء، فأصاب صيدًا، لم يؤكل؛ لأن هذا الإرسال لم يقصد به الاصطياد، فصار كمن أرسل كلبًا علىٰ فيل، فأخذ صيدًا.



(١) في ج (ظبي).
(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

بَابُ
الصيد يتوارى عمن يصيدُ، ما حكمُه؟

قال أيّده الله: أصل هذا الباب أن من رَمىٰ صيدًا أو أرسل كلبًا علىٰ صيد، فتواریٰ الصيد عنه، ثم وجده ولم يقعد عن طلبه، فإنه يؤكل استحسانًا، والقياس: أن لا يؤكل[1].

وجه القياس: أنه يجوز أن يكون مات من سهمه أو من جراحة كلبه، ويجوز أن يكون مات من غير ذلك، فلا يحل أكله بالشك.

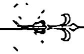
وجه الاستحسان: ما رُوي (أن النبي ﷺ مرَّ بالرَّوحاء علىٰ حمار وحش عقر، فتبادر أصحابه إليه، فقال: **«دعوه فسيأتي صاحبه»** فجاء رجل من بهز فقال: هذه رميتي يا رسول الله: وأنا في طلبها، وقد جعلتها لك يا رسول الله، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمها بين الرفاق)[2].

ولأن هذا لا يمكن الاحتراز منه في الصيد، ألا ترىٰ أن السهم إذا وقع به تحامل في العادة فغاب، وإذا أصابه الكلب انحرف منه فغاب، فإذا لم يوجد من الصياد تفريط في الطلب، لم يعتد بالغيبة التي لا يمكن الاحتراز منها.

وأمّا إذا قعد عن طلبه ثم وجده فلا يؤكل؛ لما روي أن رجلاً أهدىٰ إلىٰ

(١) انظر: الأصل ٥/٣٧٧.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٤٨٥٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٥/١٨٨؛ وأحمد في المسند، ٣/٤١٨؛ «ورجال أحمد رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ٣/٢١٥.

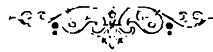
رسول الله ﷺ صيدًا، فقال له: «**من أين لك هذا؟**» فقال رميته بالأمس، وكنت في طلبه حتىٰ هجم عليّ الليل، فقطعني عنه، ثم وجدته اليوم ومرماتي فيه، فقال ﷺ: «**إنه غاب عنك، فلا أدري لعل بعض الهوام أعانك عليه، لا حاجة لي فيه**»[(١)].

وروي عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال: كل ما أصميت، ودع ما أنميت[(٢)].

قال أبو يوسف: فالإصمام: ما عاينته، والإنماء: ما توارىٰ [عن بصرك][(٣)].

وقال هشام عن محمد: الإصمام: ما لم يتوارىٰ عن بصرك، والإنماء: ما توارىٰ عن بصرك.

ولأن الصيد إذا قعد عن طلبه، جاز أن يكون لو لم يقعد أدركه حيًا، فكانت ذكاته الذبح، وخرج الجرح من أن يكون ذكاةً، فلم يجز استباحته بالشك[(٤)].



(١) أورده السرخسي في المبسوط ١١/٢٤٠؛ والكاساني في البدائع ٥/٥٩.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٩/٢٤١؛ وأورده الهيثمي وقال: «رواه الطبراني وفيه عثمان بن عبد الرحمن، وأظنه القرشي، وهو متروك» مجمع الزوائد ٤/٣١.

(٣) في أ (عنه) والمثبت من م، ج.

(٤) انظر: الأصل ٥/٣٧٦ وما بعدها.




بَابُ
المتردي



[٣٠٦/أ] قال أبو الحسن ﵀: المتردي: الصيد يُرمىٰ وهو يطير، فيسقط علىٰ جبل، ثم يسقط منه إلىٰ الأرض، فهو متردي، فلا يؤكل إذا مات من ذلك.

وكذلك إذا كان علىٰ جبل، فسقط منه علىٰ شيء من الجبل، ثم سقط علىٰ الأرض، فإنه لا يؤكل.

وكذلك لو كان علىٰ سطح فهوىٰ، فأصابه حائط السطح، ثم سقط إلىٰ الأرض، لم يؤكل.

وكذلك إن كان علىٰ نخلة، أو شجرة، فسقط منها علىٰ جذع النخلة، أو بدن الشجرة، ثم سقط إلىٰ الأرض، فمات، لم يؤكل.

وكذلك لو وقع علىٰ رُمْحٍ مركوز علىٰ الأرض، وفيه سِنان، فوقع علىٰ السنان، ثم وقع علىٰ الأرض، لم يؤكل، وكذلك لو نشب فيه السنان، فمات عليه، لم يؤكل(١).

قال أيده الله: والأصل في هذا: أنه إذا اشترك [في] الرمي معنىٰ آخر يمكن الاحتراز منه، ويجوز أن يكون التلف حصل به، لم يؤكل؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**وإن وقع في الماء فلا تأكله، فلعل الماء قد قتله**»(٢).

(١) انظر: الأصل ٣٨٢/٥، ٣٨٣.

(٢) أورده الديلمي في الفردوس، ٣٣٣/١.

ومعلومٌ أن وقوع الصيد على شيء، ثم وقوعه منه إلى الأرض قد يخلو منه الرمي في الغالب، ويجوز أن يكون التلف حصل منه، فصار كوقوعه في الماء.

وأما إذا وقع على الأرض [ابتداءً] فمات، فالقياس: أن لا يؤكل؛ لأنه جاز أن يكون مات من الأرض.

والاستحسان: أن يؤكل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز من وقوع المرمى على الأرض، وما لا يمكن الاحتراز منه في الصيد يسقط حكمه.

وقد ذكر في المنتقى: في الصيد إذا وقع على صخرة فينشقُّ بطنه، أو [ينقطع][1] رأسه، لم يؤكل.

قال الحاكم: وهذا خلاف جواب الأصل، يعني: أنه خلاف عموم الجواب؛ لأنه قال في الأصل: أنه لو وقع على آجُرَّةٍ موضوعة في الأرض، أكل[2]، ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه، أو لم ينشق، فإن جعلناه روايتين، فوجه ما ذكره الحاكم أنه إذا انشق بطنه، فالظاهر أن الموت حصل بغير الرمي، فسقط التجويز.

(وليس كذلك إذا لم ينجرح؛ لأنه يجوز أن يكون مات من الوقوع، أو من الرمية، والاحتراز غير ممكن، فسقط التجويز)[3].

ويجوز أن يحمل ما ذكره في الأصل على هذا التفسير[4]، فيكون معناه: أنه يؤكل إذا لم ينشق بطنه أو ينقطع رأسه.

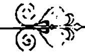
---

(١) في أ (يقلع)، وفي ج (انغلق)، والمثبت من م.

(٢) انظر: الأصل ٥/٣٨٤.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٤) في م (التقسيم).

قال أبو الحسن رحمه الله: ولو وقع علىٰ حرف آجُرة في الأرض، أو حرف حجر فتمكن[١]، ثم وقع علىٰ الأرض، لم يؤكل[٢]، وهذا علىٰ ما قلنا.

قال: ولو كانت الآجُرَّة منطرحة[٣] علىٰ الأرض، أو اللَّبِنَة، فوقع عليها ثم مات، أكل؛ لأن الآجُرَّة المنطرحة[٤] كالأرض، فوقوعه عليها كوقوعه علىٰ الأرض.

قال: ولو وقع علىٰ جبل، فاستقر عليه، أكل؛ لأن استقراره[٥] عليه كاستقراره علىٰ الأرض.

قال: ولو سقط من الرمية في ماء، فمات، لم يؤكل، وهذا علىٰ ما بيّنا.

قال بشر وعلي [بن الجعد] عن أبي يوسف: إذا رمىٰ صيداً وهو في السماء، فأصابه بنُشَّابِه[٦] وسمّىٰ، فوقع علىٰ الأرض فمات، فكُلْ، ليس هذا بمتردي؛ [ولذلك لو كان علىٰ جدار أو حائط أو رابية أو جبل، فأصابه فوقع منها إلىٰ الأرض.

ولكن المتردي الذي لا يؤكل: أن يقع فوق شيء من السماء، أو من موضع فوقه، ثم يقع من ذلك الشيء إلىٰ موضع آخر، فإن ذلك لا يؤكل، ذاك متردي][٧].

---

(١) في ج (يتكئ).

(٢) انظر: الأصل ٥/٣٨٤.

(٣) في م (مبطوحة) وفي ج (مسطوعة).

(٤) في م (مبطوحة) وفي ج (مسطوعة).

(٥) في م ج (استقراره علىٰ الجبل).

(٦) في م (أو بسهم) بدل (وسمّىٰ).

(٧) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ م، والزيادة من ج.



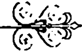

وهذا صحيح ؛ لأن المتردي: هو المتردد [على شيء ثم على شيء] ولكنه لما اجتمع الحرفان قلبوا أحدهما ياءً ، كقولهم: يقضي البازي ، وإنما هو يقضض ، فأبدلوا [الضاد] ياء.

والتردد: هو أن يقع على شيء ثم على شيء ، وأما المتردي: إذا أدرك ذكاته ، فهو على الخلاف الذي قدمناه.

وقد ذكر في المنتقى عن أبي يوسف قال: ولو رمى صيداً على قُلَّةِ[1] جبل ، فأثخنه حتى لا يتحرك ، ولم يستطع أن يأخذه ، فرماه فقتله ، ووقع ، لم يأكله ؛ وذلك لأنه خرج من حيز الامتناع بالرمي الأول ، فصار الرمي الثاني إلى غير ممتنع ، فلا يؤكل. [والله أعلم].



(١) «وقُلَّةُ الجبل: أعلاه... ، وقُلَّة كل شيء: أعلاه». المصباح (قلل).

بَابُ
صيدِ السمكِ

قال أيده الله: جملة هذا الباب: إن حيوان البحر كله لا يؤكل إلا السمك خاصة، وقد قدمنا الكلام في ذلك مع الشافعي.

وأما أنواع السمك: فهي حلال كلها، وقد بيّنا ذلك، ودللنا عليه بقوله ﷺ: «**أحلت لنا ميتتان: السمك والجراد**»[1]، وهذا عام في الجِرّيث[2] والمارماهي[3].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال في البحر: «**هو الطهور ماؤه والحل ميتته**»[4].

وروي عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما إباحة الجرّيث، ولا يعرف لهما مخالف.

وقد بيّنا أن السمك لا يحل إلا أن يكون موته بسبب [حادث][5]، وتكلمنا

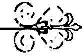
(١) أخرجه ابن ماجه (٣٢/٨)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٢٥٧/٩؛ وأحمد في المسند، ٢٦٠/١؛ انظر: الدراية حيث ذكر الحافظ في سنده ضعفًا، ٢١٢/٢.

(٢) «الجريث الجِرّيُّ: وهو ضرب من السمك... ومنه قول محمد: جميع السمك حلال غير الجَريث والمارماهيج»، نوعان من السك، ويقال لهما: الجِرّي والمارَماهي، وقيل: هما إسمان لمسمىٰ واحد: وهو ثعبان الماء، وعلق المحقق في الهامش: «كذا في النسخ، والذي في المعاجم العربية والمعجم الذهبي (المارماهي)، وهو نوع من السمك يشبه الحيّات، ويسمىٰ: الحنكليس، أو الأنقليس». المغرب (جرث)؛ وحياة الحيوان للدميري ٢٧٤/١.

(٣) انظر: الأصل ٣٧٠/٥.

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن، ١٨٧/٧؛ وابن أبي شيبة في مصنفه، ١٢١/١.

(٥) في أ (عابر) والمثبت من م، ج.

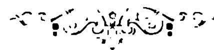
علىٰ ما مات من الحرّ والبرد وكدر الماء، وفي كراهة الطافي.

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في السمك إذا مات حتف أنفه، فمنهم من قال: إنه لا يؤكل، طفا أو لم يطف؛ لأن المؤثر فيه أنه مات حتف أنفه، وهذا المعنىٰ موجود وإن لم يطف.

ومنهم من قال: لا يكره إلا الطافي؛ لحديث جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «**ما اصطدتموه وهو حي فمات، فكلوه، وما أخذتموه ميتًا طافيًا، فلا تأكلوه**[1]»[2]؛ ولأنه إذا طفا تغير لحمه في العادة، فيكره أكله، كما يكره أكل الطعام المتغير.

وقد روي عن محمد أنه قال في السمكة توجد في بطن الكلب، قال: لا بأس بها، يعني إذا لم تتغير؛ لأنها ماتت بسبب حادث.

وسئل أبو يوسف عن البُسط الخنزيرية؟ فقال: لا بأس بها، يعني بذلك: ما يتخذ من شعر خنزير الماء؛ لأن عندنا حيوان البحر الذي لا يؤكل طاهر، فلا بأس بالانتفاع به.



(١) في م (وما مات طافيًا فلا تأكلوه).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٢٥٥/٩؛ والطبراني في الأوسط، ١٤/٦؛ وأخرجه الترمذي كما قال الزيلعي في نصب الراية، وفيه: «قال الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فقال: ليس بمحفوظ، ويروىٰ عن جابر خلاف هذا...». ٢٠٣/٤.




بَابُ
ما يصادُ به



قال أصحابنا جميعًا: كل ذي نَابٍ أو مِخْلَبٍ عُلّم فتعلم، كُلْ صيده حلالاً.

وقالوا: وابن عِرْسٍ إذا عُلِّم فتعلم، حَلَّ صيده.

قال هشام: سألت محمداً عن صيد ابن عِرْس، فأخبرني أن أبا حنيفة قال: إذا عُلّم فتعلم، فكُلْ ما صاد.

وقال هشام: سألت محمداً عن الذئب إذا عُلِّمَ فصاد، قال: هذا أرى أنه لا يكون، فإن كان فلا بأس به.

قال: وجملة ما قدمناه: أن كل ذي ناب أو مِخْلَبٍ، إذا لم يكن مُحَرَّم العين وتُعُلِّم، جاز الاصطياد به؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾، وهو عام.

وقد روي عن أصحابنا أنهم قالوا في الأسد والذئب: إنه [لا يجوز](1) [٣٠٦/ب] الصيد بهما، فليس ذلك لمعنى يعود إلى عينهما، وإنما هي لفقد التعليم؛ لأنهم قالوا: من عادتهما أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه في الحال، وإنما يستدل على التعليم بترك الأكل، فإن تصور التعليم فيهما، جاز.

وأما الخنزير، فلا يجوز الاصطياد به؛ لأنه محرم العين، فالانتفاع به محرم، [والله أعلم].

تم كتاب الصيد [والحمد لله]، ويتلوه كتاب الأضحية

---

(١) في النسخ بدون قوله (لا يجوز)، والزيادة أضيفت كما ذكر في البدائع: «وقالوا في الأسد والذئب أنه لا يجوز الصيد بهما» ثم ذكر التعليل نفسه ٦/٢٨٠٤، وذُكر في أكثر الكتب بصورة عامة من غير تعيين.

[٦٠] كتابُ الأضحيةِ

قال أيده الله: الأضحية من حقوق الأموال، وحقوق الأموال على ضربين: منها ما يجب فيه التمليك كالزكاة، ومنها ما يجب فيه الإتلاف كالعتق[(١)].

والأضحية من [جنس][(٢)] العتق؛ لأن الواجب فيها إراقة الدم، وهو إتلاف، فليست الصدقة بها واجبة.

ويجوز أن يقال: إنها أخذت الشَّبَه من أصلين: من العتق؛ لأن الواجب فيها الإتلاف، ومن الزكاة؛ لأن المستحب أن يتصدق بلحمها، وهي عندنا واجبة في قول أبي حنيفة، ومحمد، وزفر، والحسن بن زياد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، رواها عنه محمد والحسن بن زياد وهشام.

وذكر أبو يوسف في الجوامع: أنها سنة وليست بواجبة، وهو قول الشافعي[(٣)].

وجه قولهم في وجوبها: قوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]، قيل في التفسير: المراد به الأضحية[(٤)].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَن لم يضحِّ، فلا يقربنَّ مصلَّانا**»[(٥)].

---

(١) انظر: الأصل ١١١/٥.

(٢) في أ، ج (حيز) والمثبت من م.

(٣) انظر: الأم ص٤٠٧؛ المنهاج ص٥٣٧؛ رحمة الأمة ص٩٤.

(٤) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٠٠٧.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٢٥٨/٤؛ وابن ماجه (٣١٢٣)؛ وأحمد في المسند، ٣٢١/٢؛ وقال ابن حجر: «وقد اختلف في وقفه ورفعه، والذي رفعه ثقة». الدراية، ٢١٣/٢.

وقال: «**على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة**»[١].

وقال: «**من ذبح قبل الصلاة، فليُعِدْ أضحيته، ومن لم يذبح فليذبح على اسم الله**»[٢]، ولأنها قُرْبَة يضاف إليها وقت، فكانت واجبة كالجمعة.

لأبي يوسف قوله ﷺ: «**ثلاث كتبت عَلَيَّ ولم تكتب عليكم**»، وذكر الأضحيّة[٣].

وروي أنه قال: «**ثلاث كتبت عليّ وهي لكم سنة**».

وروي: (أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيَّان السَّنة والسنتين)[٤].

وروي عن [أبي] مسعود الأنصاري أنه قال: (قد تروح عليّ ألف شاة، فلا أضحّي بواحدة منها؛ مخافة أن يعتقد جاري أنها واجبة)[٥]؛ ولأنه حق مال لا يجب على المسافر، فلا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم، كالعقيقة.

والجواب: أما الخبر الأوّل، فلا دلالة فيه؛ لأنها ليست مكتوبة عندنا، وإنما هي واجبة، وقوله: «**كتبت عليّ، وهي سنة لكم**» تدل على وجوبها؛ لأن ما وجب عليه وجب على الأمة إلا أن يدل الدليل.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٨٨)؛ والترمذي (١٥١٨) وقال: «حديث حسن غريب»؛ وابن ماجه (٣١٢٥)؛ وأحمد في المسند، ٤/٢١٥؛ والبيهقي في الكبرى، ٩/٣١٢.

(٢) أخرجه البخاري (٥١٨١)؛ ومسلم (١٩٦٠).

(٣) قال الحافظ ابن حجر: «لم أجده هكذا»، انظر: التلخيص الحبير، ٤/١٣٨؛ وأورده المناوي في التيسير وعزاه لأحمد والطبراني وأبي يعلى عن ابن عباس، وقال: «طرقه ضعيفة، لكن قال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح»، ٢/٢٠٦.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى ٩/٢٦٤؛ انظر: التلخيص الحبير ٤/١٤٥.

(٥) أورده الكاساني في البدائع ٥/٦٢.

وقوله: «وهي لكم سنّة»، معناه: أن وجوبها يثبت بالسنّة.

وأما حديث أبي بكر وعمر؛ فلأنهما لا يجدان سعة، وإنما كان رزقهما في بيت المال، لا يفضل عن كفايتهما.

وأما حديث [أبي] مسعود، فيجوز أن يكون عليه دَيْنٌ، فخاف أن يضحّي فيعتقد جاره أن الأضحية تجب مع الدين.

(وأما القياس: فلا يصح)[١].

[وأما المسافر، فلا يضحي][٢]؛ لأن المسافر قد يسقط عنه ما هو آكد من الأضحية، كالجمعة، وبعض الفرض كي لا يتشاغل بذلك عن السفر؛ فلذلك سقطت عنه الأضحية.

فإذا ثبت أنها واجبة: فشرط وجوبها [اليسار][٣]، إذا ملك الإنسان مائتي درهم بعد منزله وخادمه وكسوته، وما يتأثث به في منزله على ما فسّرنا في حدّ الغِنىٰ في صدقة الفطر؛ وذلك لقوله ﷺ: «مَنْ وجد سعةً فليضحِّ»[٤]؛ ولأنها حق يخرج من المال لا يتعلق بسبب من جهته، فاعتبر فيه الغنىٰ، كصدقة الفطر.

وتجب علىٰ المقيمين في الأمصار والقرىٰ والبوادي دون المسافرين؛

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م، ج.

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من م، وساقطة من أ.

(٣) في أ (المال) والمثبت من م، ج.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك بلفظ: «من وجد سعة لأن يضحي فلم يضح، فلا يحضر مصلانا» وصححه، ٤٢٢/٢؛ والبيهقي في الكبرىٰ نحوه، وقال: «موقوف»، ٢٦٠/٩؛ وأحمد في المسند ٣٢١/٢؛ وقال ابن حجر في الدراية: «وقد اختلف في وقفه ورفعه، والذي رفعه ثقة»، ٢١٣/٢.

وذلك لأن الأضحية تختص بوقت معين، فلو وجبت على المسافرين، لتشاغل بها عن السفر، (فتسقط عنه كالجمعة.

وقد قال في الأصل: ولا تجب الأضحية على الحاج)[1]، وإنما أراد بذلك الحاج المسافر، وأمّا أهل مكة، فتجب عليهم الأضحية وإن حجوا[2].

٢٤٠١ - [فَصْل: وقت ذبح الأضاحي في الأمصار]

ولا يجوز ذبح الأضاحي في الأمصار إلا بعد صلاة الإمام العيدَ، ومن ذبح قبل ذلك لم يجزئه، وكان عليه الإعادة مكانها[3].

وقال الشافعي: إذا مضى من الوقت مقدار ما صلّى رسول الله ﷺ فيه العيد، جازت الأضحية وإن لم يُصلِّ الإمام[4].

لنا قوله ﷺ: «**أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح**»[5]، وروي أن أبا بُردة ذبح قبل الصلاة، فقال ﷺ: «**تلك شاةُ لحم**»[6]؛ ولأن ما ترتب على صلاة رسول الله ﷺ، ترتّب على صلاتنا، كتكبير التشريق.

٢٤٠٢ - [فَصْل: وقت ذبح الأضاحي في غير الأمصار]

قال: [ومَن][7] كان في غير المصر، فإنه يجزئه [أن يذبح] إذا طلع الفجر

---

(١) ساقطة من م.

(٢) انظر: الأصل ٤١١/٥ - ٤١٣.

(٣) انظر: الأصل ٤١٢/٥.

(٤) انظر: الأم ص٤٠٧؛ المنهاج ص٥٣٧؛ رحمة الأمة ص٩٤.

(٥) أخرجه البخاري (٩٣٣).

(٦) أخرجه البخاري (٩٤٠)؛ ومسلم (١٩٦١).

(٧) في أ (وفيما) والمثبت من م، ج.




من يوم الأضحىٰ، ولا يجزئه قبل ذلك؛ وذلك لأن أهل السواد ليس عليهم صلاة العيد، فصاروا بعد طلوع الفجر كأهل المصر إذا صلوا[1].

والذي كان شيوخنا يحصلون في هذا: أن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر في المصر والسواد، إلّا أن فعل الصلاة لم تجب عليه للصلاة شرط في الأضحية، فمن لا تجب عليه الصلاة، فالوقت قد دخل في حقه، والشرط غير لازم له، فجازت أضحيته.

والذي يبين هذا: أن العبادة لا يجوز أن يختلف فيها بالمصر وغير المصر كسائر العبادات، ويجوز أن يختلف شرطها، ألا ترىٰ أن الظهر يمنع من فعلها في وقت الجمعة في المصر إلا لمعذور، أو بعد صلاة الإمام، ولا يمنع ذلك في السواد[2].

٢٤٠٣ـ [فَصل: عدد أيام النحر]

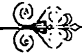
قال: وأيام النحر ثلاثة أيام: يوم الأضحىٰ بعد طلوع الفجر، وهو العاشر من ذي الحجة، والحادي عشر، والثاني عشر، يجوز في نهار هذه الأيام ولياليها من بعد طلوع الفجر من اليوم الأول إلىٰ غروب الشمس من اليوم الثاني عشر، غير أنه يكره الذبح بالليل، فإن فعل أجزأه.

وقال الشافعي: أيامها أربعة أيام، وزاد ثالث عشر[3].

لنا: ما روي عن عمر، وعلي، وابن عباس، وأنس، وابن عمر رضي الله عنهم أنهم

---

(١) انظر: الأصل ٥/٤١٢.
(٢) انظر: الأصل ٥/٤١٢.
(٣) انظر: الأم ص٤٠٧؛ المنهاج ص٥٣٧؛ رحمة الأمة ص٩٤.

قالوا: (أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها)(١)؛ وتخصيص العبادات بوقت لا يعلم إلا من طريق التوقيف، فكأنهم رووا ذلك عن رسول الله ﷺ؛ ولأن اليوم الرابع لا يتعين فيه وجوب الرمي، كما بعده، وهذه الأيام الثلاثة عندنا، يدخل فيها المعلومات، والمعدودات؛ [لأن أبا يوسف قال: إن المعلومات أيام التشريق، والمعدودات]: أيام النحر.

[فيوم النحر من المعلومات، وليس من المعدودات، وآخر أيام التشريق من المعدودات، وليس من المعلومات، واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات](٢).

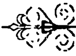
وأما كراهتها بالليل، فليس لأجل الوقت؛ ولكن لأن الليل لا يستبين فيه العروق، فلا يؤمن أن يقصر فيها؛ فلذلك كره الذبح بالليل.

قال: وأما جوازها بالليل؛ فلما روي عن الصحابة أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة؛ وأحد العددين إذا ذكر على طريق الجمع، اقتضى [٣٠٧/أ] دخول ما بإزائه من العدد الآخر؛ ولأنه ذبح واجب، فلا يختص بالنهار كالهدايا وجزاء الصيد.

---

(١) قال الزيلعي عن الحديث: «قلت غريب جداً»، نصب الراية، ٢١٣/٤؛ وقال ابن حجر: «لم أجده... ولكن في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم النحر» (١٠٥٢)، الدراية، ٢١٥/٢.

(٢) وفي ج (فيوم النحر من المعدودات، وليس من المعلومات، وآخر أيام التشريق من المعلومات، وليس من المعدودات، واليوم الثاني والثالث من المعلومات والمعدودات). ويؤيد ما أثبته بما يأتي:
ذكر ابن عطية في تفسيره: «الأيام المعلومات: هي يوم النحر، ويومان بعده» ص ١٨٠؛ وهكذا في البخاري (٩٢٥)؛ وفي موطأ مالك (٨٤٦). انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٢٣٢/٣؛ أحكام القرآن للجصاص ٣٠٧/١.




قال: ولا يجوز الذبح بعد ذلك، ومن لم يذبح حتى تغرب الشمس من اليوم الثاني عشر، فقد فات الذبح؛ وذلك لأن العبادات المؤقتة يسقط فعلها بمضي وقتها، وإيجاب مثلها يحتاج إلى دلالة.

قال: وإن كان قد أوجب شاةً بعينها، أو اشتراها ليضحّي بها، فمضت أيام النحر قبل أن يذبحها، تصدق بها حيّة ولا [يأكل][1] منها شيئًا؛ لأنها لم تذبح فتبلغ محلها، فيتصدق بها.

قال محمد: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا؛ وذلك لأن الأضحية تتضمن حق بدن، وهو الذبح، وذلك يفوت بفوات الوقت كالصلاة، ويتضمن حق مال، وهو الصدقة، وذلك لا يفوت بفوات الوقت كالزكاة، فإذا مضى الوقت سقط ما على البدن، فبقي حق المال؛ فلذلك وجب أن يتصدق بها.

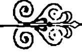
وإنما لم يجز له الأكل منها؛ لأن الأضحية وهدي التطوع إذا تعينت القربة فيه بالذبح، جاز الأكل منه، وإذا لم يتعين، لم يجز [للغني][2] الأكل منه، بدلالة ما روي أن النبي ﷺ بعث بالهدايا في عام الحديبية مع ناجية بن جندب، وأمره أن يدخل بها الفجاج والأودية حتى يأتي منىً، قال: فما أصنع بما أبدع عليّ منها، قال: «**انحرها واصبغ نعلها بدمها**» ـ يعني: قلادتها ـ «**واضرب به صفحتها، وخلِّ بينها وبين الناس، ولا تأكل أنت ولا أحد من رفقائك منها شيئًا**»[3].

---

(١) في أ (ولا يدخر)، وفي ج (ولا يذوق)، والمثبت من م.

(٢) في أ (للمعيّن) والمثبت من م، ج.

(٣) أخرجه أحمد في المسند من حديث ابن عباس ٢٧٩/١؛ وقال ابن حجر في الدراية: «وأصل حديث ناجية في السنن الأربعة...، وورد النهي عن الأكل في حديث ذؤيب، أخرجه مسلم=

وكان المعنىٰ في ذلك: أنها لما نحرت قبل محلها، لم تتعين القربة فيها، فمنعهم من أكلها؛ لأنهم كانوا أغنياء.

قال: والذبح في أول الأيام أفضل لما روي عن عمر، وعلي، وابن عباس أنهم قالوا: أفضلها أولها[١].

٢٤٠٤ـ [علىٰ من تجب الأضحية؟]

قال: والأضحية علىٰ الغني عن نفسه وولده الصغار حسب، ولا تجب عليه أن يضحي عن عبده، ولا أحد من عياله، غير الولد الصغير، وليس عليه أن يضحي عن ولده الكبار[٢].

وأما وجوبها عن نفسه فقد قدمناه.

وأما وجوبها عن أولاده الصغار، ففيه روايتان: إحداهما: أنها تجب؛ لأنها حق يتعلق بيوم العيد، كالفطر؛ ولأن ولده في حكم جزء من أجزائه.

والرواية الأخرىٰ: أن الأضحية لما لم تجب عن عبده، لم تجب عن ولده، وإنما لم تجب عن العبد؛ لأن القائل أحد قائلين: فإما من قال بوجوبها علىٰ الإنسان عن نفسه دون [عبده][٣]، وإما من لم يوجبها عليهما، فسقوطها عن العبد إجماع.

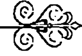
وأما ولده الكبار فلا ولاية له عليهم كالأجانب؛ ولأنه لا تجب عليه صدقة

= وابن ماجه من طريق ابن عباس...». ٢/٥٢.

(١) انظر: الأصل ٥/٤١٢؛ كتاب الآثار لمحمد ص ١٧٥.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٤٩٩.

(٣) في أ (غيره) والمثبت من ج.

الفطر عنهم، وهي آكد، فلأن لا تجب الأضحية أولىٰ.

قال: وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن عليه أن يضحي عن ابنه إذا كان أبوه ميتًا، وإن كان حيًّا لم تجب عليه.

قال: وهذا يجب أن يكون علىٰ روايتين، كما قالوا في صدقة الفطر، فإن أوجبناه؛ فلأنه عصبة له ولاد، كالأب، وإن قلنا لا يجب؛ فلأن ولايته منتقلة كولاية الوصي.

وأما إذا كان أبوه حيًّا، فلا يجب علىٰ الروايتين؛ لأنه لا ولاية للجد عليه كالأجنبي.

٢٤٠٥ - [فَصْل: الأضحية علىٰ الصغير]

وأما إذا كان للصغير مال ضحّىٰ عنه أبوه من مال الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذلك الوصي يضحي عن الصغير من مال الصغير، وقال محمد(١): لا يضحي الأب عن الصغير إلا من مال الأب وإن كان الصغير موسرًا، هذا [كله] رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر.

وقد تكلم أصحابنا المتأخرون في هذه المسألة: فمنهم من قال: إنها محمولة علىٰ صدقة الفطر، فتجب في مال الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا تجب عند زفر ومحمد.

ومنهم من قال: لا تجب في قولهم؛ لأن الواجب في الأضحية إراقة الدم، والصدقة بها تطوع، وذلك لا يجوز في مال الصغير، ولا يقدر الصغير في العادة

(١) في م، ج (زفر) بدلاً عن (محمد).

أن يأكل جميعها، ولا يجوز أن تباع؛ فلذلك لم تجب.

والصحيح: أن يقال إنها تجب ولا يتصدق بها؛ [لأن ذلك][1] تطوع، ولكن يأكل منها الصغير ويدّخر له قدر حاجته، ويبتاع له بالباقي ما ينتفع بعينه، كما يجوز أن يبتاع البالغ بجلد الأضحية[2].

٢٤٠٦- [فَصْل: أضحية المولود بأيام الذبح]

وقال الحسن عن أبي حنيفة: إن ولد للرجل وهو موسر وولد في أيام الذبح، وجب عليه أن يذبح عنه ما لم تمض أيامُ الذبح، فإن مضت أيام الذبح قبل أن يضحي عن نفسه أو عن ولده الصغار، فليس عليه أن يضحي بعد أيام النحر، وإنما وجب عليه أن يضحي عمن ولد؛ لأنه استفادهم في وقت الوجوب، فإذا مضت الأيام سقطت العبادة بمضي وقتها.

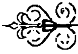
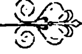
وقال: إن مات له ابن صغير في أيام الذبح قبل أن يذبح عنه، فليس عليه أن يضحي عنه؛ وذلك لأن العبادات المؤقتة تجب عندنا بآخر وقتها، فمن مات قبل الوجوب، لم تثبت في حقه.

قال: وقال أبو حنيفة: ليس على الرجل أن يذبح عن نفسه إذا كان مسافرًا، وعليه أن يضحي عن ولده إذا كانوا مقيمين في مصر.

وإن كانوا مسافرين معه لم يصح عنهم، وإنما لم يجب عليه عن نفسه لما قدمنا؛ ولأن القائل أحد قائلين: إما من أوجبها على المقيم، أو من لم يوجبها

(١) في أ (لأنها) والمثبت من م، ج.

(٢) في م (أضحيته).

بحال، فيسقط عن المسافر بالإجماع، وكذلك ولد المسافر في حكمه.

فأما إذا كان في مصر، فعلىٰ الأب أن يضحي عنه؛ لأن المعتبر بصفة الموجب عنه، فإذا كان مقيمًا لم يؤثر في أضحيته سفر غيره(١).

٢٤٠٧ـ [فَصْل: ابتداء وقت الذبح]

قال: وإذا كان الإمام قد خلف من يصلي بضَعَفَة الناس في مسجد المصر، وخرج بالآخرين إلىٰ المصلَّىٰ، فصَلىٰ أحد المسجدين، أيهما كان، جاز ذبح الأضاحي؟

وقد ذكر هذه المسألة في الأصل: إذا صلىٰ أهل المسجد، فالقياس أن لا يجوز ذبح الأضحية، والاستحسان أن يجوز.

وجه القياس: أن من شرطها فعل صلاة العيد، فإن اعتبرنا صلاة من [صَلَّىٰ] في المصلىٰ، لم يجز الذبح، وإن اعتبرنا صلاة من في المسجد، جاز الذبح، فلا يجوز الذبح بالشك.

وجه الاستحسان: أن صلاة من [صَلّىٰ] في المسجد تجزئ عن صلاة العيد، ألا ترىٰ أنه لو اقتصر عليها جاز، فكأنّه لم يكن إلا هم؛ ولأن النبي ﷺ جعل الأضحية بعد الصلاة ولم يفصل.

فأما إن سبق أهل المصلىٰ بالصلاة قبل أهل المسجد، فلم يذكره في الأصل، وكان أصحابنا يقولون: لا رواية فيه.

---

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٧، ٤١٣؛ القدوري ص ٤٩٩.

وقد ذكر أبو الحسن ﷺ، وجعله كصلاة أهل المسجد، فإن كانت هذه رواية، فوجهها ما ذكرنا.

وقد تكلم أصحابنا المتأخرون في هذا: فمنهم من قال: يجب أن يكون هذا جائزًا قياسًا واستحسانًا؛ لأن الأصل في صلاة العيد صلاة مَنْ في المصلى ومن في المسجد، وإنما يفعلون للعذر، فوجب اعتبار الأصل دون غيرهم.

ومنهم من قال: إن للمسألة قياسًا واستحسانًا، كالمسألة الأولى.

ووجهها ما قدمنا وهذا ظاهر [٣٠٧/ب] ما قاله أبو الحسن؛ لأنه سوى بينهما.

ومن أصحابنا من قال: لا تجوز الأضحية بصلاة أهل [المصلى][(١)] حتى يصلي أهل المسجد؛ لأن الصلاة في المسجد هي الأصل؛ بدلالة سائر الصلوات، وإنما يصلي الإمام في المصلى العيد؛ لأن المسجد لا يسع الناس، فوجب أن يعتبر في الأضحية صلاة من [هم][(٢)] الأصل دون غيرهم[(٣)].

٢٤٠٨- [فَصْل: اعتبار الوقت في الأضحية]

قال: فإن كان رجل من أهل السواد مسكنه فيه، دخل المصر لصلاة الأضحى، وأمر [أهله] أن يضحوا عنه، فإنه يجوز أن يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر؛ وذلك لأن الذبح هو العبادة، فاعتبر [وقتها لمكان][(٤)] فعلها دون مكان

---

(١) في أ (المصر) والمثبت من م، ج.

(٢) في أ (تتم)، وفي م (من هم في المسجد)، والمثبت من ج.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٥٠٠.

(٤) في أ (فاعتبروا فيها مكان) والمثبت من م، ج.

المفعول عنه.

قال: وإن سافر رجل وأمر أهله وهم في المصر أن يضحوا عنه، فإنه لا يجوز أن يضحوا عنه إلا بعد صلاة الإمام.

قال محمد: إنما أنظر إلىٰ موضع الذبح، ولا أنظر إلىٰ موضع المذبوح عنه، روىٰ ذلك عنه ابن سماعة وهشام، ووجهه ما بيّنا.

وقال هشام عنه: إن كان الرجل من [أهل] المصر أمر رجلاً، والمأمور بحيث يجوز أن يذبح بعد طلوع الفجر، فأمر الذي في المصر الذي ليس في المصر أن يذبح عنه، فذبح عنه بعد انشقاق الفجر، قال محمد: يجزئه، وبعد طلوع الشمس أحب إليّ، وهذا علىٰ ما بيّنا: أن المعتبر بمكان المذبوح.

فأما [استحباب][1] الذبح بعد طلوع الشمس؛ فلما قدمنا أنه أمكن من مشاهدة العروق واستيفاء قطعها.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي يوسف: (أنه يعتبر المكان الذي يكون فيه [الذبح]، ولا يعتبر الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه.

قال الحسن في إثر الحكاية عن أبي يوسف)[2]: وإن كان الرجل في مصر، وأهله في مصر آخر، فكتب إليهم أن يضحوا عنه، فينبغي لهم أن[3] يضحوا عنه حين يصلي الإمام الذي فيه أهله، فإن ضحوا عنه قبل أن يصلي لم يجزه، واعتبر مكان الذبيحة.

---

(١) في أ، ج (استحسان) والمثبت من م.

(٢) ساقطة من م.

(٣) في م (لهم أن لا يضحوا عنه حتىٰ يصلي الإمام).

وقال الحسن: إذا كان الرجل في مصر، وأهله في مصر، لم يذبحوا عنه حتىٰ يصلي في المصرين جميعًا، وقال محمد مثل قول أبي يوسف.

وجه قولهما: أن العبادة هي الذبح، والعبادات المؤقتة يعتبر وقتها في حق فاعلها دون غيره؛ ولأنهم ذبحوا في وقت يجوز الذبح فيه لأنفسهم، فكذلك لغيرهم، كما لو كانوا في المصر والآمر في السواد، فذبحوا بعد الصلاة.

وجه قول الحسن: أن حال المذبوح عنه معتبرة، فكذلك حال الذبيحة، فوجب اعتبار الأمرين، فلا يجوز الذبح بدخول أحد الوقتين دون دخول الوقت الآخر.

قال: وإن صلّىٰ الإمامُ العيدَ ولم يخطب، أجزأ من ذبح؛ لأن خطبة العيد ليست بواجبة، فلم يشترط فيها ما[1] هو واجب؛ ولأن النبي ﷺ قال: «**أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح**»[2]، فرتب الذبح علىٰ الصلاة دون الخطبة.

قال محمد: وإذا أخّر الإمام صلاة العيد، فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتىٰ ينصف النهار.

وإن شغل[3] الإمام، فلم يصلِّ العيد أو ترك ذلك متعمدًا حتىٰ انتصف النهار، فقد حَلّ الذبح بغير صلاة في الأيام كلها، وعلىٰ الإمام أن يخرج لصلاة العيد من الغداة [أو] من بعد الغد، (فمن ذبح من الغد أو بعد الغد)[4] قبل أن

---

(١) في م، ج (فيما هو).
(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٧٣؛ والإمام أحمد في المسند ٤/٢٨٢؛ والروياني في مسنده ١/٢٣٣.
(٣) في ج (تشاغل).
(٤) ساقطة من م.




يصلي الإمام أجزأه ؛ وذلك لأن الشمس إذا زالت فات وقت الصلاة ، وإنما يفعل في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء ، فلا يشترط ذلك في الذبح ؛ ولأن سقوط الفرض بذهاب وقته كسقوطه بفعله ؛ فلذلك جازت الأضحية[1].

٢٤٠٩ - [نسخ ذبائح الجاهلية]

قال الكِسَائي: قال محمد: قد كانت في الجاهلية ذبائح يذبحونها ، فمنها العقيقة كانت في الجاهلية ، ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام ، فنسخها ذبح الأضحى ، فمن شاء فعل ، ومن شاء لم يفعل .

وذبح آخر شاة كانوا يذبحونها في رجب ، تدعى الرجبية ، كان أهل البيت يذبحون الشاة ، فيأكلون ويطبخون ويطعمون ، فنسخها ذبح الأضحى .

والعتيرة: كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة يذبح أول ولد تلده ، فأكل وأطعم .

قال محمد: هذا كله كان يفعل في الجاهلية ، فنسخه ذبح الأضحى ؛ وذلك لما روي عن عائشة أنها قالت: (نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ، ونسخت الأضحية كل ذبح كان قبلها ، ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله)[2].

وروي عن أبي جعفر محمد بن علي: أن الأضحى قد نسخ كل ذبح كان قبله ، وذكر مثل حديث عائشة .

---

(١) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ١٧٥ ؛ القدوري ص ٥٠٠ .

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى من حديث علي ﷺ مرفوعًا ، ٢٦٢/٩ ؛ والدارقطني في سننه ، ٢٨١/٤ .




فأما العقيقة، فقد قال محمد: إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، وهذا يمنع من كونها سنة، وقال الشافعي: هي سنة(١).

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه سُئل عن العقيقة، فقال: «**إن الله لا يحب العقوق، من شاء فليعق عن الغلام بشاتين، وعن الجارية شاة**»(٢)، وهذا يمنع من كونها سنةً؛ لأنه علقه بمشيئة، [والله أعلم].



(١) انظر: الأم ص١٥١٩؛ المنهاج ص ٥٣٨.

(٢) أخرجه الحاكم بلفظ: «لا أحب العقوق...» وصححه، ٤/٢٦٥.
والحديث أورده الهيثمي في مجمع الزوائد بطرقه، وقال: «رواه كله أحمد، وفيه رجل لم يسم، وبقية رجاله رجال الصحيح». ٤/٥٧.
وحديث الكعبية مشهور: «عن الغلام شاتان...»، أخرجه أبو داود (٢٨٣٤)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٤٥٤٤)؛ والترمذي (١٥١٤)؛ وابن ماجه (٣١٦٢)، وغيرهم.




بَابُ
السن الذي يُجزئ عن الأضحيةِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: لا يجوز أن يضحي عند أصحابنا جميعًا إلا بالثَّنِيّ من كل شيء: الإبل، والبقر، والغنم، إلا الجَذَع من الضأن خاصّةً إذا كان عظيمًا علىٰ ما جاء به الخبر عن رسول الله ﷺ؛ وذلك لما روي أنه قال: «**ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر علىٰ أحدكم فليذبح الجذع من الضأن**»[1].

وروي أن النبي ﷺ خرج إلىٰ المصلىٰ، فشمَّ قبارًا فقال: «**ما هذا؟**» فقالوا: أضحية أبي بُردة، فقال: «**تلك شاة لحم**»، فجاء أبو بردة فقال: يا رسول الله، عندي عَناق خير من شاتَي لحم، فقال: «**يجزئ عنك ولا يجزئ عن أحد بعدك**»[2].

وروي عن البراء قال: خطب رسول الله ﷺ يوم عيد فقال: «**إن أول نسك يومكم هذا الصلاة ثم الذبح**»، فقام إليه خالي أبو بردة بن نيارٍ، فقال: يا رسول الله، إنه كان يومًا نشتهي فيه اللحم، وإنا عجلنا فذبحنا، فقال رسول الله ﷺ: «**فأبدلها**»، فقال: يا رسول الله، عندنا ماعز جَذَع، قال: «**فهي لك وليست لأحد بعدك**»[3].

---

(١) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده بهذا اللفظ إلا عند مسلم عن جابر رفعه: لا تذبحوا إلا مسنة، إلاّ أن يعسر عليكم...»، ٢/٢١٦.

(٢) أخرجه البخاري (٩٤٠)؛ ومسلم (١٩٦١).

(٣) أخرجه الروياني في مسنده (بلفظه)، ١/٢٣٣؛ والإمام أحمد في المسند، ٤/٢٨٢.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**نعم الأضحية الجَذَع من الضأن**»[١].

وروي أن رجلاً قدم المدينة بغنم جذاع، فلم ينفق منها شيء، فذكر ذلك لأبي هريرة، فقال أبو هريرة: سمعت النبي ﷺ يقول: «**نعمت الأضحيّة الجذع من الضأن**»، فلما سمع الناسُ هذا الخبر، انتهبوها، يعني: تبادروا إلىٰ شرائها[٢].

وتخصيص العبادات [بسِنٍّ دون سِنٍّ][٣]، [لا يعلم إلا][٤] من طريق التوقيف.

وقال الفقهاء: إن الجَذَع من الغنم: ابن ستة أشهر، والثَّنِيّ: ابن سنة، والجَذَع من البقر: ابن سنَة، والثني: ابن سنتين، والجذع من الإبل: ابن أربع سنين، والثني: ابن خمسة[٥]. [٣٠٨/أ]

قال: ويجوز[٦] البعير والبقرة عن سبعة وأقل من ذلك، ولا يجوز عن أكثر من ذلك.

وقال مالك: يجزئ عن أهل البيت وإن زادوا علىٰ سبعة، ولا يجزئ عن أهل البيتين وإن كانوا أقل من سبعة[٧].

---

(١) أخرجه الترمذي (١٤٩٩)؛ قال: «حسن غريب»؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٩/٢٧١.

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٩٩)؛ قال: «حسن غريب»؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٩/٢٧١.

(٣) في أ (بشيء دون شيء) والمثبت من م، ج.

(٤) في أ (تعليم)، وفي ج (يعلم)، والمثبت من م.

(٥) انظر: المغرب (جذع).

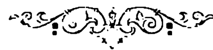
(٦) في م (ويجزئ).

(٧) روىٰ النسائي في (المجتبىٰ) بنحوه عن ابن عباس (٤٣٩٢)؛ وفي موطأ مالك ما يدل علىٰ ذلك: «... وإنما سمعنا الحديث أنه لا يُشترك في النُّسُك، وإنما يكون عن أهل البيت الواحد».=

لنا: ما روي أن النبي ﷺ أَشْرَكَ بين أصحابه في البُدُن، فجعل البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة.

وروي عن جابر أنه قال: «**نحرنا مع رسول الله ﷺ البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة**»[(١)]؛ ولأن القياس يمنع من جوازها عن أكثر من واحد؛ لأنه ذبح واجب كذبح الشاة، وإنما تركنا القياس للخبر، فما سواها على أصل القياس؛ ولأن البدنة لمّا جازت عن سبعة من أهل البيت الواحد، جازت عن سبعة من بيتين، كسبعة من الغنم.

قال: وتجوز الشاة عن واحد، ولا تجوز عن أكثر من ذلك، ولو كانت تساوي شاتين مما يجوز أن يُضَحّىٰ بهما؛ لأن القياس يمنع من جواز الاشتراك، وإنما جوزنا ذلك للخبر، ولم ينقل الشركة في الغنم، فبقيت على أصل القياس[(٢)].



= بعد (١٠٥٠) ص ٣٤٥ (دار الفكر).

(١) أخرجه مسلم في الصحيح (١٣١٨).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٤٩٩، ٥٠٠.




بَابُ
العيوبِ التي تمنعُ جوازَ الأضاحي



قال في الأصل: لا تجوز العوراء، ولا المقطوعة الطرف ولا الأذن، فإن كان من الأذن الثلث أو أقل أجزأت، وإن كان أكثر من الثلث لم تجزِ في قول أبي حنيفة ومحمد[١]، رواه هشام عن محمد عن أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إذا كان الباقي من الأذن أكثرها أجزأت، فإن ذهب النصف وبقي النصف لم تجزِ في قوله، رواه بشر عنه.

وكذلك الطرف والأذن والعين، وكذلك الذَّنَب.

قال بشر عن أبي يوسف: وسألت أبا حنيفة عن القرن المكسور كله أو بعضه، هل يجزئ؟ فقال: نعم، وهو قول أبي يوسف.

وسألت أبا حنيفة عن الأُذُن والعين وطَرَف الأَلْيَة والذَّنَب يكون مقطوعًا، أو شيئًا منه، أو يكون خِلْقة أو سِمةً، فقال: ما كان من ذلك أقل من الثلث فإنه يجزئ، وإذا بلغ الثلث لم يجزِ.

وقال أبو يوسف: أحسن ما سمعت في ذلك: إذا كان الذي بقي أكثر مما ذهب، أجزأ في ذلك، وإن كان الذي ذهب أكثر، أو كانا سواء، لم يجزِ، وكذلك رواه هشام عن أبي يوسف.

---

(١) انظر: الأصل، ٥/٤٠٩.

وقال محمد في الأصل: قلت: أرأيت إن كان قد ذهب الثلث سواء، هل يجزئ؟ قال: نعم، إلا أن يكون أكثر من الثلث[1].

(وكذلك قال في الجامع الصغير: إذا ذهب الثلث أو أقل، جاز، وإن كان أكثر من الثلث، لم يجز)[2]، وجمع في رواية الجامع الصغير بين الأُذُن والذَّنَب والأَلْيَة والعَيْن[3].

وقال بشر عن أبي يوسف: سألت أبا حنيفة عن العَرْجاء، فقال: إذا بلغت المنسك فهي تجزئ في ذلك.

والأصل في أن العيوب تمنع من الأضحية والهدي: ما روي أن النبي ﷺ نهىٰ أن يضحىٰ بالعوراء البيّن عَوَرها، والعرجاء البيّن عرجها، وبالعَجْفاء التي لا تنقىٰ[4].

وروي أنه نهىٰ عن الخرقاء، والشرقاء، والمقابلة، والمدابرة.

فالشرقاء: التي انخرق أذنها طولاً، والخرقاء: التي يكون عَرْضًا، والمقابلة: التي يكون الخرق في مقدم الأذن، والمدابرة: التي يكون الخرق في مؤخّر الأذن.

وروي عنه أنه سئل عن العرج، فقال: «**إذا بلغت المنسك فاذبح**»، وروي

---

(١) الأصل ٥/٤٠٩.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٤٣. (دار الكتب العلمية).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٣٠٠/٤؛ والإمام مالك في الموطأ (١٠٢٤)؛ النسائي في المجتبىٰ (٤٣٧٠)؛ وابن ماجه (٣١٤٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٢٤٢/٥، ٢٧٤/٩.




أنه قال: «**استشرفوا العين والأُذُن**»(١)، وعن البراء بن عازب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول وأشار بأصابعه ثم قال: وأصابعي أقصر من أصابع رسول الله ﷺ، وهو يشير بأصابعه يقول: «**لا تجزئ من الضحايا أربع: العوراء البيّن عورها، والعرجاء البيّنة عرجها، والمريضة البيّنة مرضها، والعجفاء التي لا تنقى**»، وروي أنه ﷺ نهى أن يضحي بعضباء الأذن والقرن(٢).

وهذا يدل على أن العيوب الكثيرة في العين والأذن تمنع من الأضحية، أما اليسير من العيب فلا يمنع؛ لأن الغنم لا يخلو من ذلك، ألا ترى أنه يفعل فيها على طريق السِّمة والعلامة، فلو منع الأضحية لشق على الناس، فإذا منع الكثير من العيب، ولم يمنع القليل، فجعل الحد الفاصل بينهما في إحدى الروايات: الثلث، وقال: إذا ذهب لم يجزِ، يعني أكثره، وإن ذهب أقل منه جاز؛ لأن النبي ﷺ قال: «**الثلث، والثلث كثير**»(٣)، فجعل الثلث في [الكثير](٤).

وقال في رواية أخرى: إذا ذهب أكثر من الثلث لم يجزِ، فإن ذهب الثلث جاز؛ لأن النبي ﷺ أجاز به الوصية، فجعل الثلث في حكم الكثير المجزئ، وما زاد عليه لا يجوز.

واعتبر في الرواية الثالثة أكثر؛ لما روي (**أن النبي ﷺ نهى عن العضباء**)(٥)،

---

(١) أخرجه المقدسي في المختارة، وحسنه، ٢/٣٦؛ والترمذي (١٠٥٣): «حسن صحيح»؛ وأحمد في المسند، ١/١٠٥؛ والبيهقي في الكبرى، ٩/٢٧٥.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٩/٢٧٥.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٩٢)؛ ومسلم (١٦٢٨).

(٤) في أ (كثير الكثير) المثبت من ج.

(٥) يقال «شاة عضباء: مكسورة القرن الداخل، أو مشقوقة الأذن»، وأما العضباء فلقب بها ناقة رسول الله ﷺ لشق في أذنها. انظر: المغرب (عضب).

قال سعيد بن المسيب: أي: إذا ذهب أكثر أذنها، فكان الأولى بالتقدير ما وردت به السنة[1].

قال أبو يوسف: فذكرت هذا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى فقال: قولي قولك.

والذي قال أبو يوسف: إنه إذا قطع النصف لم يجزِ. فصحيح؛ لأنه اجتمع الحظر والإباحة؛ ولأنه يعتبر بقاء الأكثر.

وقد ذكر ابن شجاع في كتاب المناسك: أنه إذا ذهب الرُّبُع لم يجزِ، ووجه ذلك: أن الرُّبُع في حكم الكثير في الأصول، ألا ترى أنهم قدروا به مسح الرأس، ووجوب الدم في المُحْرِم.

فأما المقطوعة الطرف، فهو عيب فيها، فصار كقطع الأُذُن.

فأما العرجاء إذا بلغت المنسك، فمعناه: أن العرج إذا لم يمنعها من المشي بنفسها جازت، وإن كانت لا تمشي، فإنه لا تجوز.

قال هشام: وسألت أبا يوسف عن السَّكَّاء، والتي لا قرن لها، قال: تجزئ التي لا قرن لها، فأما السَّكَّاء فإن كان لها أذن، فهي تجزئ وإن كانت صغيرة الأذن، وإن لم يكن لها أذن فإنها لا تجزئ، وتجزئ الشاة وإن لم يكن لها قرن عندهم جميعًا.

أما القرن، فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن القرن فقال: لا يضرك، أمرنا رسول الله أن نستشرف العين والأذن؛ ولأن القرن لا ينتفع في الأضحية به،

---

(١) ذكر ابن خزيمة في صحيحه تحت (باب الزجر عن ذبح في الهدي والأضاحي...) نحوه ٢٩٣/٤.




وليس بمنصوص عليه، فلا يؤثر، وقد قال في الأصل: لو كسر بعض قرنها أو جميعه، أجزأت.

فأما السَّكَّاء: فهي التي لا أُذُن لها خِلْقَةً، فإن كانت الأذن صغيرة فالعضو موجود، وصغر الأعضاء لا تمنع، فإن لم تكن فالأذن مقصودة في الخِلْقة، بدلالة النص عليها، فعدمها أكثر من نقصانها.

قال: وسألته عن الجَرْباء، والثولاء، فقال: إذا كانتا سمينتين أجزأتا، [٣٠٨/ب] وإن كانتا عجفاوين لم يجزئا، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الجرب مرض، وقد اعتبر رسول الله ﷺ في المريضة أن تكون بيّنًا مرضها(١)؛ ولأنها إذا كانت سمينة، فالجرب بجلدها لا يضر بلحمها.

فأما الثولاء: فهي المجنونة، والعقل غير مقصود في البهائم، وقال أبو يوسف في التي لا أسنان لها، وهي الهتماء: إن كانت تعتلف أو لا تعتلف، فإنها لا تجزئ، والأسنان كالأذن إذا بقي الأكثر منها أجزأت، فإذا ذهب الأكثر لم تجزِ.

وقال بشر: قال أبو يوسف بعد ذلك: إذا بقي منها ما تعتلف [به]، فإن كان أقل من النصف، أُجزئ.

أما الرواية التي اعتبر فيها بقاء الأكثر؛ فلأن الأسنان عضو كالأذن، فيعتبر بقاء الأكثر.

---

(١) كما في حديث ابن خزيمة من حديث البراء مرفوعًا (أربع لا تجزئ في الأضاحي: العوراء البيّن عورها، والمريضة البيّن مرضها، والعرجاء البيّن ظلعها، والكسير التي لا تنقى، قال: فإني أكره أن يكون نقص في الأذن والقرن، قال: فما كرهت فدعه ولا تحرمه على غيرك). صحيح ابن خزيمة، ٢٩٢/٤.

وأما الرواية الأخرىٰ؛ فلأن المقصود من الأسنان الأكل بها، فاعتبر بقاء المقصود دون غيره.

ومن أصحابنا من قال: إن الهتماء: التي انكسر أطراف أسنانها، فاعتبر أبو يوسف فيها أن تعتلف؛ لأن الأسنان باقية وإنما نقصت، فإذا لم تؤثر في الأكل، لم تمنع، وأما إذا [تلفت][1] الأسنان، فاعتبر [بقاء] أكثرها.

قال: ولا بأس عندهم جميعًا بالخَصِي، وذلك لما روي (أن النبي ﷺ ضحىٰ بكبشين أملحين أقرنين[2] موجوءين يمشيان في سواد، وينظران في سواد، ويأكلان في سواد، أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته).

وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: الخصي أحب إليّ؛ لأنه أطيب[3] لحمًا وأنفع للمساكين، وسئل عن الخصي فقال: ما زاد في لحمه أنفع مما ذهب من خصيته.

قال: ولا بأس بما فيه سِمَة في أذنه؛ لأن السِّمة لا يخلو منها الحيوان؛ ولأنه عيب يسير، وقد بيّنا أن ذلك [القدر] لا يمنع في الأذن.

قال: ولا يجوز في الأضاحي شيء من الوحش؛ وذلك لأن الأضاحي مأخوذة من الشرع، ولم يرد الشرع إلا في الأنعام دون الوحش، فلم يجز ذبح الوحش من غير شرع.

---

(١) في أ، ج (تعلقت) والمثبت من م.

(٢) الجزء الأول من الحديث في الصحيحين: البخاري (١٦٢٨)؛ ومسلم (١٩٦٦). انظر: نصب الراية، ٣/١٥١.

(٣) في م، ج (أرطب).

فإن كان متولدًا بين الوحش والإنسي، فالمعتبر بالأم[1]، فإن كانت بقرة أهلية نزىٰ عليها ثور وحشي فولدت، فإنه يجوز أن يضحىٰ به، فإن كانت البقرة وحشية والثور أهليًا لم يُجْزِ الولد؛ وذلك لأن الولد في حكم جزء من الأم، فاعتبر بها؛ ولأنه ينفصل منها وهو حيوان يتعلق به الأحكام، وينفصل من الفحل وهو ما لا يتعلق به حكم؛ فلذلك تبع الأم.

٢٤١٠ـ [فَصْل: اشتراط القربة في الاشتراك في البُدُن]

وإذا اشترك السبعة في بعير أو بقرة، وكلهم يُريدون القُربة إلىٰ الله ﷻ، أجزأهم أي قربة كانت تطوعًا أو واجبة، اختلفت الجهات أو اتفقت.

وقال زفر: إذا اتفقت جهات القربة جازت، وإن اختلفت فأراد أحدهم الهدي أو الأضحية، وأراد الآخر جزاء الصيد أو التطوع، لم يجز.

لنا: أنهم اتفقوا في جهة واحدة، وهي القربة إلىٰ الله ﷻ، فصار كما لو اتفقوا في نوع واحد.

وجه قول زفر: أن خروج الرُّوح لا يتبعض، فإذا اختلفت الجهة، صار في حق كل واحد منهم كأنّ الذبح وقع عن الجهة الأخرىٰ.

قال: وكذلك إن كان ذبح أحدهم عن ميت، جاز، وقد ذكر في الأصل: إذا اشترك السبعة في بدنة، فمات أحدهم قبل الذبح، فرضي ورثته أن يذبح عن الميت، جاز استحسانًا، والقياس: لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف: إذا شاركهم من يذبح عن الميت، لم يجز.

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٩ ـ ٤١١؛ مختصر القدوري ص٥٠٠.

وجه القياس: أن الميت قد سقط عنه الذبح، وفعل الوارث لا يقوم مقام فعله، فصار نصيب الميت اللحم، فلم يجز.

وجه الاستحسان: أن الوارث يملك أن يتقرب عن الميت، بدلالة أنه يجوز له أن يحج عنه ويتصدق، فصار نصيبُ الميت للقربة، فأجزأ الباقين؛ ولأن الوارث له على الميت ضرب من الولاية، فجاز أن يذبح عنه، ألا ترى أن النبي ﷺ ذبح عن أمته لما كان له عليهم ولاية[١].

لأبي يوسف: أن الأضحية عن الميت لا تجوز، ولا تثبت في حقه، فلم يكن في ذلك [الجزء][٢] قربة، فمنع من جواز الباقي.

قال: فإن كان أحدهم يريد اللحم، أو كان ذِمِّيًا ذبح قربة، لم تجز الذبيحة عن المضحي ولا عن غيره.

وقال الشافعي: إذا أراد أحدهم اللحم، جاز[٣].

لنا: أن وقوع الذبح عن اللحم يمنع القربة، بدلالة أن أضحية أبي بردة ابن نيار لما لم تجز، قال النبي ﷺ: «**تلك شاة لحم**»[٤]، فجعل هذا عبارة عما لا يجوز، وإذا لم يجز في جزء منها، لم يجز في كلها؛ لأن خروج الروح لا يتبعض؛ ولأن خروج الروح في حق الآدميين إذا اجتمع فيه الأعلى والأدنى، كان الحكم

---

(١) روى أحمد عن أبي رافع قال: «ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين... فقال عن أحدهما عمن شهد بالتوحيد وله بالبلاغ...». المسند، ٦/٨.

(٢) في أ (الحي) والمثبت من م، ج.

(٣) انظر: رحمة الأمة ص٩٥.

(٤) أخرجه البخاري (٩٤٠)؛ ومسلم (١٩٦١).




للأدنىٰ، كالمخطئ والعامد إذا اشتركا.

فأما الذمي الذي يريد القربة، فلا قربة له في ذبحه، فصار كالمسلم الذي يريد اللحم.

وقال أبو حنيفة: لو كان هذا من نوع واحد، كان أحبَّ إليّ؛ لأن خروج الروح لا يتبعض، فإذا اتفقت الجهة، واتفقت القربة، فهو أولىٰ.

قال: وإذا ذبحت البقرة أو البعير عن سبعة، أجزأهم النيات وإن لم يذكروا؛ لأن الذبح عبادة، والعبادات تعتبر فيها النية دون القول، كالصلاة؛ ولأنه ممنوع عندنا عن ذكر شيء مع التسمية، فلذلك اقتصر علىٰ النية.

قال: وإذا اشترىٰ الرجل أضحيّة وهي سمينة، فعجفت عنده بعد ذلك حتىٰ صارت لو اشتراها علىٰ هذه الحالة لم تجزئه، إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا أجزأه؛ وذلك لأن الموسر تجب الأضحية عليه في ذمته، وإنما أقام ما عيّن مقام ما في الذمة، فإذا أنقصت، لم يجز أن تقوم مقام ما في الذمة، فيبقىٰ ما في الذمة بحاله.

وأما الفقير، فلا أضحية في ذمته، وإنما اختصت القربة بالعين، فنقصانها كهلاكها، فإن كان الفقير أوجب علىٰ نفسه أضحية، لم تجزه هذه؛ لأنها وجبت عليه بإيجابه، فصار [كالغني][1] الذي وجبت عليه بإيجاب الله.

قال: ولو اشترىٰ أضحية وهي صحيحة، ثم اعورّت عنده وهو موسر، أو قطعت أذنها كلها أو طرفها، أو انكسرت رجلها ولم تستطع أن تمشي، هل يجزئ عنه؟ قال: لا، وعليه [ما يجزئ] مكانها، وهذا علىٰ ما قدمنا، وكذلك إن ماتت

(١) في أ (كالعين) والمثبت من م، ج.

عنده، أو سرقت.

قال: ولو قَدَّم أضحية ليذبحها، فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه، فانكسرت رجلها، ثم ذبحها مكانها أجزأه.

وكذلك إن انفلتت منه السكين وأصابت عينها، فذهبت، فالقياس: أن لا يجوز؛ [وذلك] لأنه عيب دخلها قبل تعيين القربة فيها، فصار كما لو كان قبل حال الذبح.

وجه الاستحسان: أن الشاة تضطرب في حال الذبح، فتلحقها العيوب من اضطرابها، فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه؛ ولأن الذابح قد يمرّ السكين، فينقطع ما لا يحتاج إلىٰ قطعه في الذبح، وذلك نقص [٣٠٩/أ]، فلا يؤثر؛ لأنه لا يُمكن الاحتراز منه، فكذلك هذا.

وقد روىٰ بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الأمالي: فيمن عالج أضحية ليذبحها فكسرها أو اعورّت، فذبحها ذلك اليوم أو ذبحها من الغد، فإنها تجزئ عنه؛ لأن ذلك النقص لما لم يتعد به في الحال لو ذبحها، فكذلك في الثاني، كالنقص اليسير.

قال: وإذا لم تكن للشاة أذنان، خلقت كذلك.

قال: لا يجزئ إن كان يكون هذا، وكذلك الطرف؛ لأن عدم الأذن لما أثر في الأضحية، وهي مقصودة في نفسها، استوىٰ فيها الخلقةُ والطارئ، كالشاة التي وُلدت[1] عمياء[2].

(١) في م (نتجت).
(٢) انظر: الأصل ٥/٤٠٦.




٢٤١١ - [فَصْل: في ذبح أضحية آخَرَ بغير إذنه]

قال: وإذا ذبح رجل أضحيّة رجل بغير أمره أجزأه استحسانًا، والقياس: أن لا يجزئه، وأن يضمن الذابح، وهو قول زفر(١).

وقال الشافعي: يجزئ عن الأضحية، [ولم] يضمن الذابح.

وجه القياس: أنه ذبح شاة غيره بغير أمره، فصار كشاة القصّاب.

وجه الاستحسان: أن الأضحية قد تعيّنت، وغرض صاحبها تعجيلها، فقد حصل مقصوده وأسقط عنه مؤنة الذبح، فكأنه ذبح بأمره.

وعلى الشافعي: أنه ذبح يجزئ عن الأضحية، فلم يضمن الذابح، كما لو ذبح بأمر صاحبها.

قال: وإن غلط رجلان، فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه، أجزأ كل واحد منهما أضحيته(٢) في الاستحسان، ويأخذها من الذابح؛ وذلك لما بيّنا أن من ذبح أضحيّة غيره، جاز ذبحه عن الواجب، وإذا جاز عن أحدهما جاز عنهما؛ ولأن هذا أمر فيه بلوى، لا سيما في الهدايا؛ لأن الناس يشترونها [وهم](٣) رفقة واحدة، فلا يتميز لهم، فجاز ذلك للضرورة(٤).

قال هشام عن أبي يوسف: في رجلين اشتريا أضحيتين، فذبح كل واحد

---

(١) انظر: الأصل ٥/١١.

(٢) في م (عن نفسه استحسانًا).

(٣) في أ (ويتميز)، وفي م (وهي في بقعة)، والمثبت من ج.

(٤) انظر: متن القدوري ص ٥٠١.




منهما أضحية صاحبه غلطًا عن نفسه، وأكلها، قال: يجزئ كل واحد منهما في قول أبي حنيفة وقولنا، ويحلّل كل واحد منهما صاحبه.

وإن تشاحّا، ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته، وإن كانت قد انقضت أيام النحر تصدق بتلك القيمة.

وإنما جاز إحلالهما؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يطعمها للآخر ابتداءً، فجاز أن يُحلله منها بعد أكلها، وله أن يضمنه؛ لأن من أتلف لحم الأضحية، ضمن.

ويتصدق بالقيمة؛ لأنها بدل عن اللحم، فصار كما لو باعه.

وسألت أبا يوسف عن البقرة إذا ذبحها سبعة في الأضحية، يقتسمون لحمها جزافًا، أو وزنًا؟ قال: بل وزنًا، قلت: فإن اقتسموها جُزافًا، وحلل بعضهم بعضًا، قال: أكره ذلك.

وإنما لم تجز القسمة مجازفة؛ لأن فيها معنىٰ التمليك، واللحم يثبت فيه الربا، فلا يجوز مجازفةً.

ولا يجوز التحلُّل؛ لأنه في معنىٰ الهبة، وهبة المشاع فيما ينقسم لا يجوز.

قال: وإذا أمر المسلم يهوديًا أو نصرانيًّا أن يذبح أضحيّة، قال: تجزئه، وهذا مكروه؛ وذلك لأن الكتابي من أهل الذكاة كالمسلم، فأما الكراهة؛ فلأن الذبح عبادة، والكافر ليس من أهل القرب، ففعل المسلم لها أولىٰ.

قال: وإن ذبح الأضحيّة صاحبها أحبُّ إلينا، وإن أمر غيره لم يضره؛ وذلك




لأن الذبح عبادة، وإذا وليها بنفسها كان أفضل من توليتها غيره، كسائر العبادات؛ ولأن (**النبي ﷺ ساق مائة بدنة، فنحر منها بيده نيّفًا وستين، وأعطى الحربة عليًا رضي الله عنه، فنحر الباقي**)[1]، وهذا عندنا إذا كان الرجل يُحسن الذبح ويقدر عليه، فأما إذا لم يحسن، فإنه يوليها غيره أولى.

وقد روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: «**نحرت بدنة قائمة معقولة، فلم أقدر عليها، فكدت أن أهلك، فتآمر**[2] **الناس لأنها نفرت، فاعتقدت أن لا أنحرها إلا معقولة باركة، أو أُولِّي من هو أقدر على ذلك مني**».

وقد روي في استحباب حضور الإنسان لذبح أضحيته، حديث علي رضوان الله عليه، أن النبي ﷺ قال: «**يا فاطمة بنت محمد، قومي واشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب، أما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفًا**»، قال أبو سعيد الخدري: يا نبي الله، هذا لآل محمد خاصّةً، فإنهم أهل لما خصّوا به من الخير، أم لآل محمد والمسلمين عامة؟ قال: «**لأهل محمد خاصَّةً، وللمسلمين عامَّةً**».

وفي حديث عمران بن الحصين قال: قال رسول الله ﷺ: «**يا فاطمة، قومي فاشهدي أضحيتك، فإنه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب علمتيه، وقولي: قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾**»[3] [الأنعام: ١٦٢].

(١) أخرجه مسلم في حديث جابر (الطويل) (١٢١٨).

(٢) في م، ج (قيامًا من الناس).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٢٣٨/٥؛ والطبراني في الكبير ٢٣٩/١٨؛ انظر طرق الحديث والكلام في بعض رواته: الدراية، ٢١٨/٢.

وقد قال أصحابنا: إن الأفضل أن يذبح الإنسان أضحيته بيده؛ لحديث أنس: (**أن النبي ﷺ ضحَّىٰ بكبشين أقرنين أملحين**)[1]، يذبح ويكبر ويسمّي ويضع رجله علىٰ صفائحهما.

وعن علي رضوان الله عليه: أنه كان إذا ذبح قال: «**بسم الله والله أكبر، اللهم منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له، وبذلك أمرت وأنا من المسلمين**»[2].

وعن جابر قال: ضحىٰ رسول الله ﷺ بكبشين وقال حين وجههما: «**وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفًا مسلمًا، اللهم**[3] **منك ولك عن محمد وأمته، بسم الله والله أكبر**»[4].



---

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقىٰ، ١/٢٢٧؛ وأبو داود (٢٧٩٣)؛ والنسائي في (المجتبىٰ) (٤٤١٨)؛ وأحمد في المسند، ٣/٩٩، وغيرهم.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٩/٢٨٧.

(٣) في م (منك ولك، بسم الله عن محمد وأمته...).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٩٥)؛ وابن ماجه (٣١٣١)؛ وأحمد في المسند، ٣/٣٧٥. انظر: مجمع الزوائد، ٤/٢٢.




بَابُ
الرجل يشتري الأضحية هل ينتفعُ بشيءٍ منها قبل أن يذبحها أو بعدما ذبحها؟



قال: وإذا اشترىٰ الرجل أضحيةً، فإنه يكره له أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به، فإن كان ذلك بعدما ذبحها فلا بأس به[١].

ولا ينبغي له أن يحلبها قبل الذبح، فإن فعل [ذلك] تصدّق باللبن؛ وذلك لأنه لما عيّنها للقربة، لم يجز له أن ينتفع بشيء منها قبل أن تتعين القربة فيها، كما لا يجوز له أن ينتفع بلحمها إذا ذبحها قبل وقتها؛ ولأن الحليب والجَزَّ يوجب نقصًا فيها، وهو ممنوع مما يدخل النقص في الأضحية.

ومن أصحابنا من قال: هذا في الشاة التي أوجبها وليست واجبة، مثل المعسر إذا اشترىٰ أضحيةً، أو الموسر إذا أوجب ثانيةً؛ لأن الإيجاب تعيّن فيها، فلم يجز له الرجوع في جزء منها.

وأما الموسر إذا عيّن أضحية، فلا بأس بأن يحلبها أو يجزها؛ لأن الوجوب لم يتعين فيها، وإنما هو في ذمته، ويسقط بالذبح ما ثبت في ذمته، فإذا كانت عند[٢] الذبح بصفة الجواز، فكأنه ابتدأ بشرائها علىٰ هذه الصفة.

وأما إذا ذبحها في وقتها، جاز له أن يحلب لبنها فيأكله، ويجز صوفها فينتفع

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٧، ٤٠٨.

(٢) في م (فإذا تعين الذبح وهي بصفة...).

[به] في الوجهين [٣٠٩/ب]؛ لأن القربة تَعَيّنت فيها بالذبح، فجاز الانتفاع بلبنها وصوفها، كما يجوز بلحمها.

قال: وإن كان في ضرعها لبن، وهو يخاف عليها إن لم يحلبها، نَضَحَ ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن؛ لأن الحلب لا يجوز، ودفع الضرر عنها واجبٌ، فوجب أن ينضح ضرعها بالماء [البارد] لينقطع [اللبن][1].

وإما يتصدق باللبن؛ لأنه جزء منها، فكان الواجب الصدقة به ما لم يتعين فيها القربة بالذبح، كما لو ذُبِحَتْ قبل الوقت.

قال: ولا يبيع جلدها؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من باع جلد أضحيته، فلا أضحية له**»[2].

قال: ولا يعطيه [بكراء جَزَّارِها][3] شيئًا؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي رضي الله عنه: «**تصدق بجلالها وخطامها، ولا تعطي أجرة الجزّار منها**»[4].

قال: وإن عمل بالجلد شيئًا مما ينتفع به في منزله، فلا بأس، مثل ما يفترشه أو ينام عليه أو غير ذلك مما ينتفع به في منزله؛ لما روي أن عائشة اتّخذت جلد أضحيتها سقاء؛ ولأنه يجوز له الانتفاع بلحمها، فكذلك بجلدها.

قال: وإن ولدت ولدًا، ذبح ولدها معها؛ وذلك لأن الوجوب تعين فيها،

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٨.
(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك وصححه ورده الذهبي، ٢/٤٢٢؛ والبيهقي في الكبرى، ٩/٢٩٤.
(٣) في م (أجر جزارتها) والمثبت من ج.
(٤) قال الزيلعي: «أخرجه الجماعة إلا الترمذي...»، ٤/٢١٩؛ وقال ابن حجر: «متفق عليه من حديث عليّ أمرني...» الدراية، ٢/٣٥.

فسرىٰ إلىٰ ولدها[١].

ومن أصحابنا من قال: إن هذا في الأضحية الموجبة؛ لأن الوجوب تعين فيها، فأمّا الشاة التي اشتراها الموسر ليضحي بها إذا ولدت لم يتبعها ولدها؛ لأنها تقوم مقامها في الذمة عند الذبح، فكأنّه اشتراها في هذه الحالة.

وقد كان أصحابنا يقولون: إنه لا يجب ذبح الولد، ولو تصدق به جاز؛ [لا][٢] لأن الحق يسري إليه، ولكنه متعلق بها، فهو كجلالها وخطامها.

قال: وإن [أتلفه][٣] أو ذبحه فأكله، تصدق بقيمته، وإن باعه تصدق بثمنه؛ وذلك لأن الحق لم يسر إلىٰ الولد، وإنما يتصدّق به كما يتصدق بالجلال، فلا يجوز له بيعه ولا أكله.

قال: فإن أمسك أولادها حتىٰ تمضي أيام الذبح، فإنه يتصدق بها؛ لأنه فات ذبحها، فصار كالشاة التي أوجبها.

وقد ذكر عن محمد في المنتقىٰ قال: إذا وضعت الأضحية فذبح الولد يوم الأضحىٰ قبل الأم، أجزأه، وإن تصدق [به] يوم الأضحية قبل أن يذبحه، فعليه أن يتصدق بقيمته.

وهذا علىٰ أصل محمد: أن الصغار يدخل في الهدايا، ويجب ذبحها، فإذا ولدت الأُضحية، تعلق بولدها من الحكم ما تعلق بها، فإذا[٤] تصدق بها، فقد

---

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٧.

(٢) في م (لم يسر إليه) والمثبت من ج.

(٣) في أ ج (باعه) والمثبت من م.

(٤) في ج هنا زيادة (باعها).

فوت الذبح الواجب، فصار كما لو فات بمضي الأيام.

قال: ولا بأس بأن يشتري بجلد أضحيته متاعًا من متاع البيت؛ وذلك لأنه يجوز أن يتخذها متاعًا، فجاز له أن يصرفها إلىٰ ذلك(١).

قال: وحكىٰ هشام عن محمد قال: أكره أن يؤخّر أضحيته إلىٰ آخر أيام النحر، ويجزئه إذا ذبحها في آخر أيام الأضحىٰ قبل غيبوبة الشمس(٢).

وهذا لما روي عن الصحابة أنهم قالوا في أيام الذبح: أفضلها أولها؛ ولأنها وضعت ليتسع علىٰ نفسه وعلىٰ الناس في هذه الأيام، فإذا أخرها إلىٰ آخرها، لم يوجد المقصود بها.

وقال هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنه كان لا يرىٰ بأسًا أن يطعم أضحيته ولا يأكل منها شيئًا؛ لأن هذا أدخل في القربة، فهو أولىٰ.

قال: ولو أن رجلاً أغفل أضحيته حتىٰ مضت أيام النحر، أو ضاعت، فأصابها بعد أيام الذبح، قال محمد: فليس عليه أن يذبحها، ولكن عليه أن يتصدق بها، ولا يزد منها شيئًا؛ لأنها لم تذبح، فتبلغ محلها.

قال محمد: وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا، وهذا علىٰ ما قدمناه.

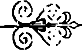
قال: وإذا ذبحها في أيام النحر، فله أن يأكل ويطعم الغني والفقير، وينتفع بجلدها(٣)؛ وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ

---

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٨.

(٢) انظر: الأصل ٥/٤١٢.

(٣) انظر: مختصر القدوري ص٥٠١.




ٱلۡفَقِيرَ ﴾ [الحج: ٢٨]، وقال ﷺ: «**كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي، فكلوا منها وادخروا**»[١].

وإنما جاز له أن يطعم الغني؛ لأنه يجوز أن يأكلها بنفسه وهو غني.

وقد قالوا: إنه يستحب أن يتصدق بالثلث ولا ينتقص من ذلك؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡبَآئِسَ ٱلۡفَقِيرَ ﴾ [الحج: ٢٨]، وقال النبي ﷺ: «**كلوا وادخروا**»، فصارت منقسمةً بين الصدقة والأكل والادخار، فلكل واحد [منهم][٢] الثلث.

قال: وإن باع الجلد بوَرِق أو ذهب أو فلوس، يتصدق بذلك، روىٰ هذا أحمد الغازي عن محمد؛ وذلك لأن القربة فاتت فيه، فوجب أن يتصدق به.

وقال هشام: سمعت محمدًا يقول في مَسْكِ[٣] الأضحية: يشتري [منه] غربالاً أو منخلاً أو متاع البيت[٤]، قلت له: وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولك؟ قال: نعم.

قال: وإن شاء اتخذه فروًا، أو اشترىٰ به ثوبًا؛ وذلك لأن هذا المتاع ينتفع بعينه، ويعاد الناس، فهو كما لو اتخذ من الجلد آلةً.

قال: ولا يشتري به خلاً ولا أبزارًا؛ لأن ذلك مما [لا] ينتفع به إلا باستهلاك عينه، والمأمور أن يبدله بما يقوم مقام عينه في الانتفاع به.

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧).

(٢) في أ، ج (منهما) والمثبت من م.

(٣) «والمَسْكُ: الجلد، والجمع مُسُوكٌ مثل فلْسٍ وفُلُوسٍ». المصباح (مسك).

(٤) انظر: مختصر القدوري ص٥٠١.

قال: وإذا اشترىٰ الرجل البقرة يريد أن يضحي بها، ثم أشرك فيها بعد ذلك ستة، قال هشام: سألت أبا يوسف، فأخبرني أن أبا حنيفة قال: أكره ذلك، ويجزئهم أن يذبحوها عنهم، وكذلك قول أبي يوسف.

قلت لأبي يوسف: ومَنْ نيّته أن يشرك فيها، قال: لا أحفظ عن أبي حنيفة فيها شيئًا، ولكن لا أرىٰ بأسًا.

وقال في الأصل: في رجل اشترىٰ بقرةً يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم أشرك فيها بعد ذلك، ولم يشركهم حين اشتراها، فأتاه إنسان بعد إنسان، فأشركهم حتىٰ استكمل، يعني أنه صار سابعهم، هل يجزئ عنهم؟ قال: نعم، أستحسن، فإن فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن[1].

وهذا محمول علىٰ الغني إذا اشترىٰ بقرة لأضحيته؛ لأن ملكه لا يزول بالشراء، وإنما يقيمها عند الذبح مقام ما وجب عليه، فإذا بقي منها سبعًا، فكأنه اشترىٰ ذلك في الأصل، إلا أنه يكره؛ لأنه حين اشتراها ليضحي بها، فقد وعد وعدًا، فلا ينبغي أن يرجع فيه.

وأما الفقير الذي أوجبها بالشراء، فلا يجوز أن يشرك فيها؛ لأنها تعيّنت بالوجوب، فلا يسقط عنه ما أوجبه علىٰ نفسه.

وقد قالوا في مسألة الغني: إذا أشركه بعدما اشتراها للأضحية [٣١٠/أ] إنه ينبغي أن يتصدّق بالثمن وإن لم يذكر ذلك محمد؛ لما روي أن (**النبي ﷺ دفع إلىٰ حكيم بن حزام دينارًا، وأمره أن يشتري أضحية، فاشترىٰ شاة، فباعها**

(١) انظر: الأصل ٥/٤٠٨.




بدينارين، فاشترىٰ بأحدهما شاة، وجاء إلىٰ رسول الله ﷺ بهما، وأخبره بما صنع، فقال له: «بارك الله لك في صفقتك»، وأمره أن يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار)[1]؛ لأنه فضل عما أخرجه للأضحية، فكذلك في مسألتنا.

وتم كتاب الأضاحي والحمد لله وحده، وصلواته علىٰ محمد وآله وسلم[2][3].



(١) أخرجه الطبراني في الأوسط، ٨/١٤٨.
وقال الهيثمي: «وفيه عمير بن عمران، قال ابن عدي: حدث بالبواطيل». ٤/١٦١.

(٢) هنا انتهت نسخة (م) (الجزء الثالث من نسخة ملا مراد)، والمقابلة تجري من الآن إلىٰ نهاية الكتاب مع نسخة (ج) (الجزء الثالث مكتبة رضا برامفور ـ الهند) مصورة من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة (١٤٧٨).

(٣) انظر: الأصل ٥/٤٠٤ وما بعدها.

[٦١] كتابُ الغصبِ

قال أيّده الله: حقيقة الغصب: أخذ مال الغير بغير إذنه[١]، فما وجد بهذه الصفة كان غصبًا، وما وُجد بخلافها فليس بغصب؛ لأنه إذا أخذ مال الغير بإذنه فهو مودع، أو مستعير، أو مرتهن، أو مبتاع.

وقد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب وإن ساواه في حكمه، مثل جحود الوديعة؛ لأن الجحود ليس بتناول، ولا نقل.

والغصب على ضربين: أحدهما يتعلق به المأثم: وهو ما وقع مع العلم. والثاني لا يتعلق به المأثم: وهو ما وقع مع الجهل، كمن أتلف ملك غيره وهو يظن أنه له.

والضمان يتعلق بهما جميعًا؛ لأن أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم.

فأمّا المأثم، فلا يحصل إلا مع القصد؛ لقوله ﷺ: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان**»[٢]، معناه: إثم الخطأ، والغصب محرّم بالعقل، لما فيه من إدخال الضرر على الغير، وقد ورد الشرع بتأكيد ما اقتضاه العقل من التحريم، فقال الله

(١) «والغصب في الشرع: عبارة عن أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده عنه». الجوهرة النيرة ص٤٣٧.

(٢) الحديث بمعناه في البخاري بباب الخطأ والنسيان (٢٣٩١)؛ وأخرجه ابن حبان في صحيحه، ٢٠٢/١٦؛ والربيع في مسنده، ٣٠١/١؛ وابن ماجه (٢٠٤٣)؛ والبيهقي في الكبرى، ٨٤/٦.




تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وقال النبي ﷺ: «**حرمة مال المسلم، حرمة دمه**»[(١)]، وقال: «**إن دماءكم وأموالكم حرام، كحرمة يومي هذا، وشهري هذا، في بلدي هذا**»[(٢)]، يعني: الحَرَم، وقال: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه**»[(٣)]، وقال: «**من غصب شبرًا من الأرض، طوّقه الله تعالىٰ يوم القيامة من سبع أراضين**»[(٤)].

وقد ذكر أبو الحسن رحمه الله الآية ثم قال: والعدوان والظلم: أن يقصد إلىٰ أخذ مال غيره بغير حق يوجب له أخذه، وبغير إذنه، فهو عدوان وظلم، وهو آثم في ذلك، ضامن له حتىٰ يرد علىٰ صاحبه، أو يرد مثله، أو يرد قيمته.

فإن أخذ مالاً علىٰ وجه يجب له في الحكم الظاهر أخذه، وفي الباطن علىٰ خلاف ذلك، فهو ضامن له ولا مأثم عليه، وذلك كرجل اشترىٰ متاعًا أو غير ذلك ممن هو في يديه، وهو يرىٰ أنه له، وقبض، وتصرف بما يوجب استهلاكه من أكل أو لبس، ثم تبيّن أن المشترىٰ لغير البائع، فهو ضامن له، ولا مأثم عليه.

وكذلك إن ملكه ذلك مَنْ هو في يديه بوجه من وجوه الملك التي أباح الله

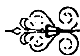
---

(١) أخرجه القضاعي في مسند الشهاب، ١/١٣٧؛ «ورواه البزار وأبو يعلىٰ، وفيه محمد بن دينار، وثقه ابن حبان وجماعة، وضعفه جماعة، وبقية رجال أبي يعلىٰ ثقات...» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ٤/١٧٢.

(٢) أخرجه مسلم في حديث جابر الطويل (١٢١٨).

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن، ٣/٢٦.

(٤) أخرجه البخاري (٣٠٢٦)؛ ومسلم (١٦١٠).




تعالىٰ [الملك] بها [فهو] كذلك، ويسقط عنه المأثم، ويضمنه لمستحقه، وسواء كان العقد الذي ملكه به ببدل أو بغير بدل.

وهذا قد دخل فيما بيّنا من التقسيم، فما كان علىٰ وجه العدوان فهو آثم بأخذه وبإمساكه، وعليه رد العين إن كانت باقية؛ لقوله ﷺ: «**من وجد عين ماله، فهو أحق به**»[1]، ولقوله ﷺ: «**علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ ترد**»[2]، وقال ﷺ: «**لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبًا ولا جادًا، فإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه، فليردها إليه**»[3].

وأما إن كان هالكًا، فهو علىٰ ضربين: إن كان مما له مثل، مثل المكيل والموزون والمعدود الذي يتفاوت، فعلىٰ الغاصب مثله.

وقال نافي القياس: عليه قيمته.

لنا: أن المثل في المكيلات والموزونات أعدل من القيمة، والتفاوت فيه أقل من التفاوت فيها، والواجب أن يقضي بما هو الأعدل؛ ولأنه قد أمكن رد المال[4] والجنس، وللمالك حق فيهما، فكان ذلك أولىٰ من تفويت أحدهما، وتحصيل الآخر.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣١)؛ والدارقطني في سننه، ٢٨/٣؛ وأحمد في المسند، ٢٢٨/٢.

(٢) أخرجه أبو داود بلفظ: (حتىٰ تؤدي) (٣٥٦١)؛ والترمذي (١٢٦٦)؛ والطبراني في الكبير ٢٠٨/٧.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٧٣٩/٣؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ١٠٠/٦؛ والطبراني في الكبير، ١٤٥/٧؛ «وفيه عبد الله بن يزيد بن السائب، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله رجال الصحيح» كما قال الهيثمي في المجمع، ١٧٢/٤.

(٤) في ج (الملك).




وأما المعدودات التي لا تتفاوت[1]، كالجوز والبيض، فعلىٰ مستهلكها مثلها عندنا، وقال زفر: قيمتها.

وهذا فرع علىٰ جواز السَّلَم فيها، وقد بيّناه في كتاب البيوع.

فأمّا إذا كان المغصوب مما لا مثل له، فالواجب فيه القيمة.

وقال أهل المدينة: المثل[2].

لنا: ما روي عن النبي ﷺ: (**أنه قضىٰ في عتق عبدٍ بين شريكين بقيمة نصيب الذي لم يعتق**)[3]، فصار ذلك أصلاً في إتلاف كل ما لا مثل له، [فالواجب فيه القيمة]؛ ولأن القيمة في الأعيان المختلفة المتفاوتة أعدل من المثل، ألا ترىٰ أنه لا يكاد يتفق عبدان علىٰ صفة واحدة، فالواجب القضاء بما هو الأعدل.

فأمّا قوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، فالمثل قد يعبر به عما قام مقام الشيء وإن لم يكن مثلاً له في الحقيقة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورىٰ: ٤٠]، ومعلوم أن السيئة الأولىٰ هي المعصية، والثانية العقوبة، وليست مثلاً لها في الحقيقة.

---

(١) في ج (لا تفاوت فيها).

(٢) قال الدردير: «وإن كان مقوماً خيّر ربه بين أخذه أو أخذ القيمة يوم الغصب» وقال أيضاً: بأن المثليات إذا فات عند الغاصب ألحق بالمقوم «فإنه لا يأخذ مثلها بل يأخذ قيمتها يوم غصبها» الشرح الصغير ٣/٥٩٠، ٥٩٢.
وقال ابن جزي: «ويرد القيمة فيما لا مثل له كالعروض والحيوان» قوانين الأحكام الشرعية ص٣٥٨.

(٣) الحديث أخرجه مسلم (١٥٠٣).

فإن احتجوا بما روي عن أنس قال: كنت عند رسول الله ﷺ في منزل عائشة قبل أن يضرب الحجاب، فأهدت له بعض زوجاته قَصْعَةً فيها ثريد، فغارت عائشة، فضربت بالقصعة فكسرتها، فقال رسول الله ﷺ: «**كلوا قد غارت أمكم**»، فجاءت عائشة بقصعة أخرىٰ فوضعتها، فأخذها رسول الله ﷺ فردها علىٰ صاحب القصعة[1].

فالجواب عنه: أنه يجوز أن تكون هذه القصعة التي جاءت بها عائشة لرسول الله ﷺ تبرع بدفعها عنها، ونحن لا نمنع من جواز دفع المثل بالتراضي.

واحتجوا بما روي أن أعرابيًا جاء إلىٰ عثمان بن عفان فقال له: إن بني عمك عَدَوا علىٰ إبلي، فقطعوا ألبانها وقد قتلوا فُصلانها، فقال: إذاً نغرم إبلاً مثل إبلك، وفصلانًا مثل فصلانك، فقال: تنقطع ألبانها وتموت فصلانها، حتىٰ أتي بها وَادِيَّ، وكان ابن مسعود في ناحية المسجد، فأشار إليه بعض القوم، فقال ابن مسعود: أرىٰ أن يأتي هذا واديه، فيغرم له إبلاً مثل إبله، وفصلانًا مثل فصلانه، [فرضي بذلك عثمان وأعطاه][2].

فالجواب: أن عثمان أراد أن يتبرع عن بني عمه [٣١٠/ب] ويقطع لسان الأعرابي عنهم؛ بدلالة أنه لم يسأله البيّنة علىٰ دعواه، وما وقع[3] علىٰ طريق التبرع، ليس من الواجب في شيء.

وقد روي عن شُرَيْحٍ أنه قال: (من كسر عصًا فهي له، وعليه مثلها)، وهذا

(١) أخرجه البخاري (٤٩٢٧).

(٢) رواه البيهقي في الكبرىٰ ٦/٢٢.

(٣) في ج (يدفع).




يحتمل المثل الذي هو القيمة؛ بدلالة ما روي عن الحكم عن شريح أنه قال: فعليه قيمتها.

وأما القسم الثاني الذي ذكره أبو الحسن رحمه الله: فالضمان فيه كالضمان في الأول، وإنما يختلفان في الإثم؛ لأنه أخذ في أحد الموضعين ما لم يحل له أخذه، وأخذ في الثاني ما له أخذه في الظاهر، فلم يأثم بأخذه.

فأما الضمان، فيجوز أن يتعلق بالأسباب المأذون فيها، كالشراء والرهن، فسقوط المأثم في هذا الفصل لا ينفي الضمان، وإنما استوىٰ في وجوب الضمان أن يكون أخذه ممن هو في يده ببدل أو بغير بدل؛ لأن الضمان يجب لحق المالك، فلا معنىٰ لاعتبار فعل صاحب اليد في إسقاط البدل في أحد الموضعين دون الآخر.

قال: ولا يجب للمستحق ضمان علىٰ أحد بغير قبض أو تسليم منه إلىٰ قابضه؛ وذلك لأن الغصب هو النقل والتحويل، فإذا لم يوجد القبض ولا التسليم، فمعنىٰ الغصب[1] لم يوجد؛ فلذلك لم يضمن.

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ عن سعيد بن زيد قال: أشهد علىٰ رسول الله ﷺ، فسمعته يقول: «**من اقتطع من مال امرئ مسلم فلا بارك الله فيه**»[2]، وذكر حديث ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «**من حلف علىٰ يمين ليقطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله تعالىٰ وهو عليه غضبان**»[3]، وذكر حديث عطاء

---

(١) في ج (البعضية).

(٢) أورده الهندي في الكنز، وعزاه إلىٰ أبي نعيم، ١٦/١٠٨.

(٣) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار، ١٥/١٧٥؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٩٩١)؛ وأبو يعلىٰ في مسنده، ٩/١٢٥.




بن يسار عن أبي مالك: أن النبي ﷺ قال: «**إن أعظم الغلول عند الله ذراع من أرض، يكون الرجلان جارين في الأرض أو الدار، فيقتطع أحدهما من صاحبه ذراعًا، فإذا اقتطع، طَوَّقَه الله من سبع أراضين**»[1].

قال أبو الحسن: وما يباع عددًا [مثل البطيخ، والسفرجل، والرمان، وغير ذلك مما يباع عددًا] مما يختلف في الصغير والكبير ويتفاوت، وهو ممن لا يجوز قرضه ولا السَّلَم فيه، فعليه قيمته يوم قبضه مثل سائر العروض؛ وذلك لأن هذا [يتفاوت في آحاده][2] تفاوتًا كثيرًا، فهو كالثياب.

وأما تضمين المثل أو القيمة إذا لم يقدر على الردّ؛ لأن حق المالك في عين ماله، فإذا قدر على ذلك لم يجز الرجوع إلى بدله إلا برضاه؛ ولأن المقصود إزالة الظلامة، وذلك يكون برد العين مادامت باقية، فإذا دفع بدلها مع القدرة عليه، فهو ظلامة أخرى، ألا ترى أنه لا يجوز في ملك الإنسان إلا باختياره.

قال: وسواء عجز عن رده بفعله، أو بفعل غيره، أو فعل الله ﷻ، فذلك سواء، وعليه القيمة؛ وذلك لأن الضمان وجب عليه بالغصب، فهلاك العين لا يوجب الضمان، وإنما يقرر[3] الضمان الأول، ولا فرق للضمان الأول بين فعل الغاصب فيه وفعل غيره؛ ولأن الرد يتعذر في الوجهين، وهو السبب الموجب لتقرير الضمان.

قال: وما وجب فيه رد القيمة، فعليه القيمة يوم قبض، ولا ينظر إلى زيادة

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٤/١٤٠؛ والطبراني في الكبير، ٣/٢٢٩؛ قال الهيثمي: «رواه أحمد والطبراني في الكبير، وإسناده حسن». مجمع الزوائد، ٤/١٧٥.

(٢) في أ (يتفاوت) والمثبت من ج.

(٣) في ج (تعذر).




قيمة المضمون بعد القبض في السعر، ولا في نقصان ذلك؛ لأن القبض هو السبب الموجب للضمان، فاعتبرت القيمة عنده دون ما يحدث بعده، كالقبض في البيع الفاسد.

قال: وكذلك إن زاد في بدنه؛ لأن هذه الزيادة حدثت بغير فعله، فلا تحدث مضمونة كالثوب إذا ألقته الريح في داره.

قال: فأما ما نقص من بدنه، فإن كان قائمًا فرده، ضمن ما نقص من بدنه؛ وذلك لأن ضمان الغصب يتعلق بالقبض، والأتباع يمكن إفرادها بالقبض، فجاز إفرادها بضمانه.

قال: ولا يضمن إذا ردّ(١) ما نقص من السعر؛ وذلك لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالىٰ في قلوب العباد، فلا يوجب بغير الاحتكام، ألا ترىٰ أن المبيع إذا نقص سعره في يد البائع لم [يثبت](٢) للمشتري الخيار، ولو نقص السعر في الرهن، لم يسقط شيء من الدين، فكذلك في الغصب؛ ولأنه رد العين علىٰ الصفة التي أخذها، فلم يضمن، كما لو لم ينقص السعر.

قال: فإن رده وفي بدنه نقصان، أو في أوصافه، أو معناه، مما يكون عيبًا فيه لشيء دخله في يد الضامن، فعليه رد ما نقص من قيمته من يوم صار في يده، يقوّم صحيحًا لا عيب فيه، ويقوّم وبه العيب، فينظر إلىٰ ما نقصه العيب من قيمته، فيضمن قدر ذلك لصاحبه إذا كان مما يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً؛ وذلك لما [قدّر النقصان من القيمة في حال وجوب الضمان] بيّنا: أن النقص الحادث

---

(١) في ج (زاد).

(٢) في أ (يجب) والمثبت من ج.

في العين مضمون على الغاصب، والضمان يتعلق بالقبض، فوجب اعتبار (قدر النقصان من القيمة في حال وجوب الضمان، وذلك يُعلم بتقويم العين على الصفة التي)[1] غصبها، ويقوّمها على صفتها ناقصة فيما بين القيمتين، وهو نقصان العيب.

وإنما جاز للمالك أخذ العين مع النقصان فيما لا ربا فيه؛ لأنه لو باع العين بمثلها وزيادة، جاز.

وأمّا إذا كانت العين مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً، مثل أن يغصبه حنطة، فيصب فيها ماء، أو غير ذلك من الحبوب، أو يغصبه إناء فضة، أو دراهم، أو دنانير، فيتهشم الإناء في يده، أو تنكسر الدراهم، فتصير غلّة، أو الدنانير فتصير قراضةً، فإن صاحب ذلك بالخيار: إن شاء أخذ ذلك لا شيء له غيره، وإن شاء تركه وضمنه مثله[2].

وقال الشافعي: له أخذه مع النقصان[3].

لنا: أن الغصب سبب من أسباب الضمان، فلا يجوز أن يسلم للمالك فيه مقدار وزن المضمون وزيادة كالبيع؛ ولأن الغاصب يسقط عن نفسه ما وجب عليه من الضمان، يدفع العين وزيادة، فكأنه ملكه الفضة بمثلها وزيادة.

قال: وإن كان إناء فضة، فهو بالخيار: إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك،

---

(١) ساقطة من ج.
(٢) انظر: الأصل ١٣٥/١٢.
(٣) بمعنى: أن يردّ ذلك كله على المغصوب منه، فإن كان فيه نقص ألزم الغاصب بالنقص. انظر: الأم ص٦٢٦؛ رحمة الأمة ص١٤٣.

وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب، فإن كان الإناء من الذهب، فضمنه [قيمته] من الفضة؛ وذلك لأن الصناعة حق للمالك، وقد فات بالكسر، ولا يمكن إيجاب المثل؛ لأنه لا مثل للإناء.

ولا يمكن الإيجاب للنقص لما فيه من الربا، فلا يجوز القضاء بالقيمة من جنسه؛ لأن الصناعة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا، لا قيمة لها، فوجب أن يقوّم بغير جنسه ليحصل حق المالك بكماله.

قال: وكذلك آنية الصّفر، والنحاس، والشَّبَه، والرصاص، (إن كانت تباع وزنًا، فهي وآنية الفضة والذهب سواء، إن شاء أخذه بعينه، وإن شاء تركه)[1] وضمنه قيمته من الذهب أو الفضة؛ وذلك لأن الآنية إذا بيعت [وزنًا دخلها][2] الربا، فهي كالفضة والذهب[3].

قال: والعقارُ الذي لا يستطاع [٣١١/أ] نقله ولا تحويله، وإنما يُحال بينه وبين صاحبه، فإنه لا يضمن بالاستحقاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول أبي يوسف الأخير[4]، ولا يقع عليه قبض المغصوب.

فإن تلف منه شيء بفعل الغاصب، فإن هدم شيء منه، أو سكنه فتهدم من سكناه، أو بشيء من أفعاله، ضمنه[5].

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.
(٢) في أ (وزيادة حلَّها) والمثبت من ج.
(٣) انظر: الأصل ١٣٧/١٢.
(٤) في ج (الآخر).
(٥) أي: الغاصب ضامن لقيمة البناء. انظر: الأصل ١٣٠/١٢.




وكذلك غير العقار إذا كان إنما منع صاحبه منه بأن حال بينه وبينه، ولم يحول ذلك الشيء عن موضعه.

وقال محمد: يغصب العقار كما يغصب غيره، وهو وغيره في حكم الغصب سواء.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «**من غصب شبرًا من أرض، طوّقه الله يوم القيامة من سبعِ أرضين**»، فذكر المأثم في الغصب، ولم يذكر الضمان، ولو وجب الضمان لذكره؛ ولأن ما لا يجب القطع [بشبرٍ][1] فيه، لا يتعلق به ضمان الغصب كالحُرِّ؛ ولأن العقار في المكان الذي كانت يد المالك ثابتة عليه، وإنما منع مالكه منه، وهذا المعنى لا يوجب الضمان، كما لو غصب المالك ومنعه من حفظ ماله حتى هلك، وكمن حال بين المالك وبين ماله ومنعه منه.

ولأن الغصب: هو النقل والتحويل؛ بدلالة أن محمدًا قال في السير الكبير: فيمن ركب دابةَ غيره فلم يحركها عن مكانها، فماتت تحته من غير ثقله[2]، لم يضمن؛ ولأنه لم يوجد من جهته نقل، وهذا المعنى موجود في العقار.

لمحمد: أن كل حكم تعلق بالنقل فيما ينقل، تعلق بالتخلية فيما لا ينقل، كدخول العقار في ضمان المشتري.

وأما إذا هدم العقار، وحفر الأرض، فإنما ضمن؛ لأنه وجد منه النقل والتحويل؛ ولأن هذا إتلاف، وقد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالغصب، كالحُرِّ.

---

(١) في أ (بشيء) والمثبت من ج.

(٢) في ج (فعله).




وأما ما تهدم بسكناه، فقد تلف بفعله، والعقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب.

وقد ذكر محمد في الرجوع عن الشهادات: في شاهدين شهدا لرجل علىٰ رجل بدارٍ، فَحَكَم الحاكم بشهادتهما، ثم رجعا، ضمنا قيمة العقار.

فمن أصحابنا من قال: هذا قول محمد خاصّة، فأما علىٰ قولهما: فلا ضمان؛ لأن ضمان الرجوع يجري مجرىٰ ضمان الغصب.

ومن أصحابنا من قال: المسألة علىٰ الاتفاق، والفرق بينهما: أن الشهود بشهادتهم [أتلفوا] الملك علىٰ المشهود عليه؛ بدلالة أنه لو أقام البينة لم تقبل، فضمنوا ضمان نقل الملك، لا ضمان الغصب.

وليس [هذا] كما لو باع دارًا، ثم أقر بها لغيره، أنه لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه لا يجوز أن يضمن بالغصب علىٰ أصلهما، ولم يتلف الملك؛ بدلالة أن المقر له لو أقام البينة، استحق الدار.

٢٤١٢ـ [فَصْل: في غصب ما يوجد في زمان دون زمان]

قال: وغصب ما يوجد في زمان دون زمان، إذا غصب غاصب في حينه ثم اختصما في حال انقطاعه وعدمه، فإن أبا حنيفة قال: يحكم علىٰ الغاصب بقيمته يوم يختصمون.

وقال أبو يوسف: يوم غصبه.

وقال محمد: نحكم بقيمته عند آخر انقطاعه.

لأبي حنيفة: أن انقطاع المغصوب من أيدي الناس لا يوجب سقوطه من الذمة؛ بدلالة أن المالك لو انتظر إلى وقت عوده، كانت المطالبة بمثله، ولو أحضر الغاصب المثل في حال الانقطاع وتكلف ذلك، أجبر المالك على أخذه، وإذا كان المثل [ثابتًا في][1] الذمة، والمطالبة متعلقة به، وجب اعتبار قيمته يوم النقل، كبيع مال اليتيم، لما كان القاضي ينقل ملكه عنه بالبيع، اعتبرت قيمته عند النقل.

ولا يلزم على هذا من غصب ما لا مثل له؛ لأن عند أبي حنيفة: الثابت في الذمة المثل، ومع ذلك تجب قيمته يوم الغصب؛ لأن المثل وإن كان في الذمة عنده، فالمطالبة لا تتعلق به، وفي مسألتنا قد بيّنا أن المطالبة متعلقة به.

لأبي يوسف: أنه لما تعذر إيجاب مثله، صار كأنه في الأصل مما لا مثل له، فتجب قيمته يوم الغصب.

لمحمد: أن الغاصب كان مأمورًا برده في كل حال، فلما لم يرده آخر ما وجد مع إمكان الرد حتى تعذر ذلك، فصار كأنه استهلكه في ذلك الوقت، فيلزمه قيمته فيه.

قال: فإن غصب حيوانًا، فزاد في بدنه في يد الغاصب، فباعه الغاصب وسلمه إلى مشتريه، أو أخرجه عن يده إلى يد غير مستحقه، وهو زائد في بدنه، فإن أبا حنيفة قال: إن كان قائمًا في يد الثاني، فله أن يأخذ ويفسخ ما فعله الأول فيه، وإن كان قد هلك في يد الثاني، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمن الأول قيمته يوم غصبه، وإن شاء ضمن الثاني قيمته زائدًا يوم قبضه من الأول، وليس له أن

---

(١) في أ (ما ينافي الذمة) والمثبت من ج.

يضمن الأول الزيادة التي زادت في يده.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن شاء ضمن الأول قيمته زائدًا يوم [سلَّمه إلىٰ الثاني، وإن شاء ضمن الثاني قيمته زائدًا يوم][1] قبضه.

وهذه المسألة ذكرها في الأصل من غير خلاف: أن المالك بالخيار في التضمين؛ لأنهما بيّنا الأصل والزيادة[2].

وإنما روىٰ ابن سماعة عن محمد قول أبي حنيفة، فيجوز أن يكون ما ذكر في الأصل قولهما، ويجوز أن تكون في المسألة روايتان.

لأبي حنيفة: أن الزيادة (لم تكن مضمونة بحدوثها)[3] علىٰ ما قدمنا، فإذا باع وسلّم لم يخل: إما أن يضمنه الزيادة منفردةً عن ضمان الأصل، أو بقيمته إياها مع ضمان الأصل، ولا يجوز تضمينها منفردة؛ لأن ضمان الغصب يتعلق به التمليك، وهذه الزيادة لا يصح إفرادها بالتمليك، فلا يصح إفرادها بالضمان الذي يتعلق به التمليك؛ ولأن الضمان يتعلق بسنين البيع والغصب، فإذا لم يجز إفراد هذه الزيادة بضمان البيع، فكذلك بضمان الغصب.

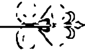
ولا يجوز تضمين الزيادة مع الأصل؛ لأن ذلك لا يخلو: من أن يوجب ضمان الأصل والزيادة مع بقاء ضمان الأول، أو يسقط الضمان الأول ويجدد علىٰ الأصل والزيادة ضمانٌ آخر.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ج، حيث سقطت من أ.

(٢) انظر: الأصل، ١٢/١٢٦.

(٣) العبارة في ج هنا: (عند ربها).

ولا يجوز أن يوجب[1] الضمان الثاني مع بقاء الأول؛ لأن الضمان من أسباب التمليك.

ولا يجوز أن يثبت في العين الواحدة [للواحد] حق التمليك من وجهين، كل واحد منهما يوجب ملك جميعها، كما لا تكون مضمونة عليه بالشراء والغصب.

ولا يجوز إسقاط الضمان الأول وتجديد الضمان؛ لأن السبب الموجب لضمان الأول هو القبض، فلا يجوز إسقاط الضمان مع بقاء سببه؛ ولأنا لو أسقطنا الضمان الأول، لسقط بفعل الغاصب من غير حضور المغصوب منه ولا رضاه، وهذا لا يجوز.

فإذا بطلت الوجوه التي قسمناها، لم يبق إلا سقوط ضمان الزيادة.

ولا يلزم على هذا، إذا زادت قيمة العبد، فقتله الغاصب؛ لأنا لم نوجب عليه ضمانًا آخر [٣١١/ب] مع بقاء الأول، ألا ترى أن القتل إما أن يكون خطأً أو عمدًا: فإن كان عمدًا، فموجبه القصاص، وإن كان خطأً، فالضمان على العاقلة دون القاتل، ونحن لا نمنع من وجوب الضمان على اثنين في عين واحدة؛ ولأن ضمان القتل من غير جنس الضمان الأول، ويجوز أن يتجدد [على الضمان ضمان آخر من غير جنسه وإن لم يتجدد] عليه ضمان من جنسه.

ولا يلزم على هذا، المُحْرِم إذا صاد صيدًا فزاد في [يديه][2]، ثم باعه؛ وذلك لأن ضمان الصيد لا يتعلق به التمليك، ونحن قلنا إن الزيادة لما لم يجز إفرادها بالتمليك، لم يجز إفرادها بضمانه.

---

(١) في ج (يؤخر).

(٢) في أ (بدنه) والمثبت من ج.

ولا يلزم من غصب جارية عوراء، فزال البياض من عينها، فضربها الغاصب فعاد البياض؛ وذلك لأن البياض لما زال وفارقها، فصارت كالزيادة المنفصلة عنها، فإذا ضربها فعاد فهو في حكم المتلف، كزيادة منفصلة، فيتعلق به ضمان المنفرد عن الجملة.

وجه قولهما: أن التسليم غصب مبتدأ وقد حصل في الأصل، والزيادة في العين المغصوبة إذا زادت ثم أحدث الغاصب سببًا للضمان ضمنت الزيادة، كما لو قتل العبد.

وأما المشتري، فإنه يضمن قيمتها زائدة؛ ولأن قبضه حصل فيها مع الزيادة، وإنما يجبُ عليه الضمان في حال قبضه، فاعتبرت القيمة في ذلك الوقت.

٢٤١٣ـ [فَصْل: ولادة الحيوان في يد الغاصب وتصرفه فيهما]

قال: ولو كان الحيوان ولد في يد الغاصب ولدًا، فباعهما جميعًا، وسلمهما إلى المشتري، فللمغصوب أن يأخذهما [إن كانا] قائمين، وإن كانا قد هلكا: فإن شاء ضَمّن الأول قيمةَ الأم يوم غصبها وقيمةَ الولد يوم سلّمه في قول أبي حنيفة، وليس له أن يضمنه قيمة الأم يوم سلم الأم.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يضمن الولد يوم سَلَّمه، وهو في الأم إن كانت زادت في بدنها: فالخيار على ما قدمنا.

والأصل في هذا: أن الولد أمانة في يد الغاصب؛ لأنه حدث في يده بغير فعله كالثوب إذا ألقته الريح.

فإذا باعه وسلمه ضمنه بالتسليم، كما يضمن الوديعة إذا باعها، وإنما جاز إفراد الولد بالضمان؛ لأنه يجوز إفراده بالمِلك، فجاز إفراده بالضمان الموجب للملك(١).

٢٤١٤ - [فَصل: استخدام ملك رجل بغير أمره]

[قال]: ومن استخدم عبد رجل بغير أمره، أو بعثه في حاجة، أو قاد دابةً له أو ساقها، أو ركبها، أو حَمل عليها شيئًا بغير إذن صاحبه، فهو ضامن لذلك، فإن عطب بشيء أصابه وهو في خدمة الذي استخدمه، أو في مُضيّه في حاجته، أو مات حتف أنفه في ذلك، فالفاعل لذلك ضامن؛ لأنه قد صار ما فعل من ذلك في يد الفاعل؛ وذلك [لأن] استخدام العبد والحمل على الدابة تصرّف فيهما؛ ألا ترى أن يد المستخدم ثابتة بالاستخدام؛ بدلالة أن المالك لو [جحد](٢) كان القول قول المستخدم أنه له، وإذا ثبت يده عليه بغير رضا المالك كان غاصبًا، فيضمن.

قال: ولو جلس على فراش رجل بغير إذنه، أو على بساطه، أو دخل داره بغير إذنه وليس في الدار أحد، لم يكن غاصبًا للدار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكذلك لو سكنها، وهو غاصب عند محمد، وذلك لما بيّنا: أن ضمان الغصب يتعلق بالنقل والتحويل، والجلوس على الفراش ليس بنقل ولا تحويل، فلا يتعلق به الضمان.

وأما مسألة العقار، فقد قدمناها.

---

(١) انظر: الأصل ١٢/١٢٦.

(٢) في أ (جهل) والمثبت من ج.

بَابُ
ما يلحقُ العبد الغصب في يد الغاصبِ مما يجبُ به عليه ضمانُه



قال أبو الحسن ﷺ: وإذا غصب الرجل عبدًا أو جاريةً، فأبق العبد في يد الغاصب ولم يكن أبق قبل ذلك، أو زنت الأمة في يده ولم تكن زنت قبل ذلك، أو سرقت، فعلى الغاصب ما نقص العبد أو الجارية من نقص السرقة والإباق، وما نقص الأمة من عيب الزنا؛ وذلك لأن هذا عيب(١) لحق المغصوب في يد الغاصب، فكان من ضمان الغاصب كسائر العيوب.

ولا يقال: إن العبد بحاله لم ينقص شيء من رقبته، وإنما نقصت قيمته، ونقصان القيمة ليس بمضمون على الغاصب؛ لأن هذه عيوب لازمة لرقبة العبد تنقص القيمة لأجلها، فهي كالعيوب في الخلقة.

فأما نقصان القيمة بغير عيب، فليس له تعلق برقبة العبد؛ فلذلك لم يضمنه الغاصب.

قال: وكذلك كل ما حدث في يد الغاصب مما ينقص قيمته أو يكون عيبًا من عَوَر أو شَلَل أو قُروح أو خُرَاج، فإن المولى يأخذ ما غصب منه، ويأخذ من الغاصب ما نقصه العيب من قيمته: ينظر إلى قيمة العبد صحيحًا ليس ذلك العيب به، وينظر إلى قيمته وبه ذلك العيب، فيغرم فضل ما بينهما؛ وذلك لأن هذه العيوب توجب فوات أجزاء كانت مضمونة على الغاصب، وقد بيّنا أن الأتباع

(١) في ج (دخل).

يمكن إفرادها بالغصب ؛ فلذلك أفردت بضمان الغصب .

قال: ولو كانت الأمة حبلت في يد الغاصب من زِنًا ، فإن المولىٰ يأخذها ويأخذ ما نقصها من الغاصب .

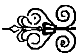
فإن زال ذلك العيب في يد المولىٰ ، [بأنْ] كان بياضًا في عينها فارتفع ، أو حُمّت في يد الغاصب ، فزالت الحمّىٰ عنها حين ردّها ، أو كانت حاملاً فولدت ، وقد كان أخذ من الغاصب ما نقصها ، فإن المولىٰ يرد ما أخذ لنقص البياض ولنقص الحُمّىٰ ؛ وذلك لأن الضمان وجب للنقص الحاصل[١] بالمرض ، فإذا زال ، فكأن لم يكن ، فوجب رد الأرش ، وبيّنا أن المولىٰ أخذ ما ليس بمستحق .

قال: فأما الحبل من الزنا ، فإن أبا يوسف قال: أنظر إلىٰ ما نقصها الحبل وأرش عيب الزنا ، فإن كان عيب الزنا أكثر ، ضمن ذلك الغاصب ، ولم يرد المولىٰ شيئًا ، ولو كان أرش الحبل أكثر ، رد الفضل عن أرش الزنا ؛ وذلك لأن العيب الحاصل بالحبل والزنا سببه واحد ، فيدخل الأقل في الأكثر ، كمن قطع يد رجل فمات ، لمّا وجب بالقطع أرش اليد وبدل النفس ، وتعلقا بسبب واحد ، دخل الأقل في الأكثر ، وهذا استحسان .

وكان القياس: أن يضمن الأمرين ؛ لأن كل واحد منهما عيب حدث في يده ، فصار كالعينين المختلفين .

ومن أصحابنا من روىٰ عن محمد أنه قال بالقياس ، فإذا ثبت هذا فقد زال عن الأمة الحبلىٰ عيب الحبل بالولادة ، وبقي عيب الزنا ، فإن كان عيب الزنا

(١) في ج (بالحمل).

أكثر من عيب الحبل، فقد غرم الغاصب عيب الحبل، فوجب [أن يتخير ضمان عيب الزنا، فإن كان عيب الحبل أكثر، فمقدار عيب الزنا مستحق؛ لأنه لم يزل، وما زاد على ذلك فقد زال مؤول الحمل، فوجب] رده على الغاصب.

قال: وإن ردها الغاصب حاملاً، أو سارقة [٣١٢/أ]، أو زانية، فماتت في يد المولى من الولادة، أو حدّت في يده بالزنا، أو قطعت يدها في السرقة، فإن الغاصب يضمن في حد الضرب الأكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا، فإن كان أرش الضرب أكثر، ضمن ذلك (ودخل عيب الزنا فيه، وإن كان عيب الزنا أكثر ضمن ذلك)[1] ودخل أرش الضرب فيه، ويضمن الغاصب إذا قطعت يدها نصف قيمتها، وإن ماتت من الولادة ضمن قيمتها كلها.

قال أبو يوسف: هذا في السرقة والزنا قياس قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضمن أرش السرقة وأرش الزنا، ولا يضمن الحد، يعني: ما نقص الضرب.

فإذا ماتت من الولادة وبقي ولدها، فإن أبا حنيفة قال: يضمن قيمتها الغاصب، وقال أبو يوسف: لا يضمن إلا ما نقصها الحبل خاصة، وهو قول محمد.

أما إذا زنت فردت على المولى فحدّت، فقد أزيلت يد المولى بسبب كان في يد الغاصب، فكان للغاصب ردها إلى يده، فجلدت [فيه]، فيضمن نقصان الضرب، وقد ضمن نقصان الزنا، وهما جميعًا متعلقان بسبب واحد، فيدخل أحدهما في الآخر.

ولا يقال: من أصل أبي حنيفة أن شهود الزنا إذا رجعوا بعد الجلد لم يضمنوا

---

(١) ساقطة من ج.

النقصان، فكيف ضمن الغاصب في مسألتنا؛ وذلك لأن الشهود إنما يضمنون ما أوجبوه بشهادتهم دون غيره، وأثر الضرب ليس من موجب الشهادة، ألا ترىٰ أنه قد يجلد فيبقىٰ للضرب أثر، وقد يجلد ولا يبقىٰ للضرب أثر، ولو كان ذلك من موجب الشهادة، لم ينفك عنها.

وأما في مسألتنا، فالغاصب يضمن ما كان بفعله وبغير فعله، وإزالة يد المولىٰ بسبب كان في يده، كرد العبد إلىٰ يده، فكان نقصان الضرب حدث قبل رده[1]، فيضمنه الغاصب، سواء كان موجبًا بالزنا أو غير موجب.

وأما إذا قطعت في السرقة، فقد أزيلت يد المولىٰ عنها بسبب كان في يد الغاصب، فكأنه ردها إلىٰ يده، فقطعت.

وإنما لم يعتبر أبو حنيفة في هذا الفصل الأكثر من نقصان القطع ومن نقصان عيب السرقة؛ لأن الغالب أن نقصان القطع أكثر من نقصان السرقة؛ فلذلك ضمنه الأكثر، وسكت عن الأقل.

ولو تصور أن نقصان السرقة أكثر من نقصان القطع، لقال: إنه يضمن [الأكثر][2] منهما، كما قال في نقصان الزنا ونقصان أثر الضرب، وإنما قال أبو يوسف: إن مسألة الزنا والسرقة قياس قول أبي حنيفة؛ لأنه قاسه علىٰ من باع عبد إنسان فانقطع في يد المشتري، أن ذلك من ضمان البائع؛ لأن يد المشتري زالت بسبب كان في يد البائع، فكأنه رده إلىٰ يده فقطع.

وأما إذا ماتت من الولادة: فأبو حنيفة يُضمِّن الغاصب قيمتها؛ لأن الحبل

(١) في ج (يده).
(٢) في أ (الأقل) والمثبت من ج.

عيب حصل في ضمانه، والولادة موجبة له، ألا ترىٰ أن الحبل لا بد له من وضع، فصار كالقطع الموجب بالسرقة، وكالحد[1] الموجب بالزنا، أن الغاصب يضمنه وإن حصل في يد المولىٰ لما كان موجبًا بسبب في يده، ولم يشترط أبو حنيفة في هذا الفصل [الأكثر]؛ لأن ضمان جميع القيمة يزيد علىٰ نقصان الحبل.

وقال أبو يوسف ومحمد في المسائل الثلاثة: يضمن الغاصب نقصان الزنا، ونقصان السرقة، (ونقصان الحبل)[2]، ولا يضمن ما زاد علىٰ ذلك؛ لأنه لما رد الجارية إلىٰ المولىٰ برئ من ضمانها بالرد، ووجب عليه أرش العيب، وما حدث من الضرب والقطع والموت بعد ذلك، فهو عيب حدث في يد المولىٰ بعد زوال ضمان الغاصب، فكان من ضمان المولىٰ.

وعلىٰ هذا، قالا في المشتري: إذا قتل العبد في يده بالقصاص أو قطع بالسرقة، أنه يرجع علىٰ البائع بنقصان وجوب القصاص، وبنقصان السرقة، وما سوىٰ ذلك من ضمان المشتري؛ لأنه حدث بعد زوال يد البائع وخروج العبد من ضمانه.

وأما إذا ماتت من الولادة وبقي ولدها، فقد ذكر في الأصل: أن الغاصب يضمن قيمتها يوم الغصب.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: لم لا يضمن قيمتها ناقصة بالولادة، ويجبر نقصان الولادة بالولد، فلم يجب بجواب[3] أرتضيه.

(١) في ج (وكالجلد).

(٢) ساقطة من ج.

(٣) في ج (بجواز أن يضمنه).

وقد قالوا في [الغاصب][(١)]: إذا قتل الجارية وولدها وقيمة الجارية ألف، وقد نقصها الولادة مائة، (وقيمة الولد مائتان، أن الغاصب يضمن قيمة الجارية ألف، ويضمن من قيمة الولد مائة)، ويجبر نقصان الولادة ببقية الولد.

والفرق بينهما: أن الجارية إذا ماتت فليس هناك حال يوجب قيمتها إلا حال الغصب: وهي كاملة في تلك الحال، فإذا ضمن الغاصب قيمتها بكمالها استغنىٰ عن الجبر؛ فلذلك لم يجبر نقصها بالولد.

وأما في مسألة القتل فهناك حالة أخرىٰ يجب فيها الضمان غير حال الغصب، وهي حال الاستهلاك، فيمكننا تضمينه قيمتها في تلك الحال ناقصة، ويجبر تمام قيمتها بالولد.

قال: وإن ماتت في يد المولىٰ من الحمىٰ التي حدثت بها في يد الغاصب، لم يضمن الغاصب إلا ما نقصها الحمىٰ في قولهم؛ وذلك لأن الموت ليس بموجب بالحمىٰ، والموت لا يحدث من الحمىٰ التي كانت في يد الغاصب، وإنما تلك الحمىٰ توجد من الألم، ويتكامل الألم بما يتجدد من الحمىٰ وبعد، فيموت من ذلك، وإذا لم يكن الموت موجبًا بالحمىٰ لم يضمنه الغاصب، فأمَّا الحمىٰ فهو نقص حادث في يد الغاصب، فيلزمه [ضرر] ضمانها.

قال: وإن حبلت عند الغاصب من زوج كان لها في يد المولىٰ، فلا ضمان علىٰ الغاصب في شيء من ذلك وإن ماتت من الحبل.

وكذلك لو ماتت في يد الغاصب من إحبال المولىٰ لها؛ وذلك لأن التلف حصل بسبب من جهة المولىٰ، فصار كما لو قتلها في يد الغاصب.

---

(١) في أ (الغصب) والمثبت من ج.




قال: ولو غصب رجل أمةً محمومةً، أو حبلى، أو بها خُراج، أو مرض، فماتت من ذلك في يد الغاصب، فإنه ضامن لقيمتها وبها ذلك المرض؛ وذلك لأنها تلفت في يد الغاصب بغير فعل المولى، فكأنها ماتت من غير سببٍ، ولم يجعلوا موتها بحبل كان في يد المولى [٣١٢/أ]، (كموتها في يد المولى)[١]، وجعلوا موتها في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب، كموتها في يد الغاصب؛ وذلك لأن الحبل في يد الغاصب مضمون عليه، فما يتولد منه من ضمانه، والحبل في يد المولى ليس بمضمون، فما يتولد منه لا يضمنه، كالحادث في يد المولى.

قال: ولو غصب رجل جارية أو عبدًا فقتل في يده قتيلاً، أو جنى في يده جناية على عبد أو حر، في نفس أو فيما دونها، أو استهلك لرجل مالاً، فإن العبد يرد على سيده، ويقال للسيد: ادفعه بجنايته أو افده بأرش الجناية، ويقال للسيد في استهلاك المال: بعه فيما لحقه من الدين، إلا أن يختار أن يؤدي عنه الدّين الذي لزمه.

فإن فداه من الجناية، أو دفعه، أو باعه في الدين، أو أدّاه عنه، فإن السيد يرجع على الغاصب في الجناية بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية، وفي استهلاك المال بالأقل من قيمته ومما أدّى عنه من الدين.

وإنما وجب ردّ العبد على المولى؛ لأن إمساك الغاصب معصية، فوجب الابتداء بدفعها، ثم يخاطب المولى بحكم الجناية والدين؛ لأن موجب الجناية الدفع أو الفداء، والدفع تمليك لا يملكه إلا المولى، وموجب الدين البيع، وذلك لا يملكه [إلَّا] المالك.

فإذا اختار المولى الدفع، أو الفداء، أو البيع في الدين، أو قضاه، رجع

(١) ساقطة من ج.

علىٰ الغاصب ؛ لأن ذلك استحق علىٰ المولىٰ بسبب كان في يد الغاصب ، فكان للغاصب أخذ ذلك القدر من ماله ، [فيسلمه] .

وإنما رجع عليه بالأقل ؛ لأنه كان يقدر أن يتخلص بذلك من الجناية ، وإنما لزمته الزيادة باختياره ، فلا يرجع بها علىٰ الغاصب .

قال: فإن غصب رجل رجلاً أمة ، فولدت في يد الغاصب ، ومات ولدها ، فعليه أن يردها ويرد ما تنقصها الولادة ، ولا شيء عليه من قيمة الولد ؛ وذلك لأن نقصان الولادة فوات أجزاء من العين المغصوبة ، فيضمنه الغاصب .

وأما ولد المغصوبة إذا مات من غير فعل الغاصب فلا ضمان عليه فيه ، وقال الشافعي: عليه قيمته(١) .

لنا: أنه حدث في يده بغير فعله ، فحدث أمانة ، كالثوب إذا ألقته الريح في داره .

ولا يقال: إن الثوب لم يحدث بسبب هو فيه متعدٍّ ، والولد حدث من سبب هو فيه متعدٍّ ؛ لأن من جلس في الطريق فألقت الريح عليه ثوبًا فتخرق عنده ، فلا ضمان عليه فيه وإن كان متعديًا في الجلوس .

ولا يلزم علىٰ ما ذكرنا ولد الصيد ؛ لأنه يحدث عندنا أمانة ، وإنما صار مضمونًا ؛ لأن الله تعالىٰ هو المالك له ، وقد أمره برده ، فصار كالمالك في مسألتنا إذا طالب برد الولد ، فمنع منه .

وإذا ثبت أن الولد أمانة ، لم يضمن إلا بما يضمن به الأمانات من التعدي أو المنع .

---

(١) انظر: رحمة الأمة ص١٤٣ .

قال: فلو كان الولد باقيًا معها، ردها وولدها، وجبر نقصان الولادة، فإن وفّىٰ بذلك، أو زادت قيمة الولد علىٰ النقصان، فلا شيء علىٰ الغاصب من نقصان الولادة.

وإن كانت قيمة الولد أقل من قيمة النقصان، سقط من نقصان الولادة قيمة الولد، وغرم [ما فضل][1] من النقصان عن قيمة الولد، وهذا استحسان.

والقياس: أن لا يجبر نقصان الولادة بالولد، وهو قول زفر، ووجهه: أن الولد ملك للمولىٰ، والنقصان حدث في ملكه، فلا يجبر ماله بماله.

وجه الاستحسان: أن الولادة [فوّتت][2] جزءًا وأفادت مالاً، فوجب أن يجبر الفائت بالفائدة، كمن قطع يد المغصوبة، فأخذ الغاصب أرشها، أدّاه في نقصانها، وكمن قلع سنًّا فنبتت، لما أوجب القلع نقصان جزء وأفاد مثله، لم يضمن؛ ولأنه غصب جملة فردها متفرقة، ألا ترىٰ أن الولد مثل النقصان، فصار كمن غصب دراهم في كيس، فردها متفرقة.

ولا يلزم علىٰ هذا إذا قطع الغاصب أغصان الشجرة فنبتت، أو جزّ صوف الشاة فنبتت، أنه يضمن النقصان، ولا يجبر ذلك بالحادث؛ لأن الغاصب لا يضمن نقصان الشجر ولا نقصان الشاة، وإنما يضمن الغصن المقطوع، والصوف المقطوع، وذلك لم يحدث فيه زيادة.

وإذا ثبت أن الولد يجبر به النقصان؛ فإن كان النقصان أكثر منه، قام الولد مقام ما بإزائه، وغرم الغاصب فضل النقصان، كما لو لم يكن هناك ولد.

---

(١) في أ (ما غرم) والمثبت من ج.
(٢) في أ (فرقت) والمثبت من ج.

وقال أبو يوسف: لو مات ومات ولدها في يد الغاصب، ضمن قيمة الأم يوم قبضها، ولم يضمن قيمة الولد؛ لأن الولد لما مات، فكأن لم يكن، فإذا غرم الغاصب قيمتها يوم الغصب، فقد دخل نقصان الولادة في ذلك.

قال: ولو كان الغاصب قتل الولد، أو باعه، [صار][1] ضامنًا لقيمته مع قيمة أمه إذا كانت الولادة نقصتها[2]؛ لأن الولد أمانة، فيضمن بالقتل كما يضمن الوديعة.

قال: فإن نقصها الولادة مائة، والولد يُساوي مائتين، ضمن قيمة الأم يوم غصب، وضمن من الولد نصف قيمته، دخل النقص[3] الذي أبطلت في قيمة الأم.

قال أبو يوسف: فإذا ضمنت الغاصب قيمة تامة بغير نقصان، حططت ذلك النقصان من قيمة الأم، وإن ضمنته قيمتها يوم ولدت، ضمن قيمة الولد تامة؛ وذلك لأن الضمان يجب يوم الغصب، ويستقر بهلاكها، فوجب اعتبار قيمتها في ذلك الحال.

وإذا غرم قيمتها تامة، وقد أتلف الولد ونقصه، كان يجب أن يجبر به بعضها، فصار كأنه ضمن نقص[4] الولد، فلزمه ضمان باقيه.

وأما قوله: فإن ضمنته قيمتها يوم ولدت، ضمن قيمة الولد تامة، فليس من حيث الحكم؛ لأن الحاكم لا يضمنه قيمتها إلا يوم الغصب، إلا أن يحدث منه

(١) في ج (لا تنقصها).
(٢) في أ (كان) والمثبت من ج.
(٣) في ج (النصف).
(٤) في ج (بعض).

سبب للضمان يخالف الضمان الأول، وإنما عنىٰ أبو يوسف بهذا: أنه دفع هذا القدر من الضمان، فيلزمه قيمة الولد تامة.

وقال محمد في الأصل: لو ماتت الجارية وبقي ولدها، قال: يأخذ ولدها ويضمنه قيمتها يوم غصبها، وهذه مسألة ابن سماعة، وقد بيّناها، إلا أنه لم يذكر في الأصل أن الولادة نقصتها، ومتىٰ لم ينقص، فلا شبهة في ضمان جميع القيمة؛ لأنه ليس هناك نقصان [٣١٣/أ] حتىٰ يجبر بالولد.

قال: ولو غصب جاريةً شابةً، أو غلامًا [شابًا]، فعجرت الجارية، وهرم الغلام، فإن المولى يأخذ جاريته وغلامه، ويضمنه ما نقص من القيمة يوم غصبه؛ وذلك لأن الكبر وجب فوات أجزاء من العين، وفوات الأجزاء مضمونة على الغاصب.

قال: وإذا غصب الرجل عبدًا قيمته ألف، فزادت قيمته بعد الغصب حتىٰ صارت ألفين، ثم قتله قاتل، كان المولىٰ بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب قيمته ألفًا يوم غصبه، وإن شاء ضمن القاتل قيمته يوم قتله علىٰ العاقلة ألفين؛ وذلك لأنه ثبت له ضمان من وجهين: ضمان الغاصب بالغصب، وضمان القاتل بالقتل، وله في كل واحد منهما غرض، فتضمين الغاصب يكون معجلاً، فلا يضمن فيه الزيادة علىٰ ما قدمنا أن زيادة البدن أمانة، وإن شاء ضمّن عاقلة القاتل، فاستوفىٰ ضمان الزيادة، إلا أنه يتأجّل فخيّر بين الأمرين.

قال: فإن ضمن الغاصب ألفًا قيمته يوم غصبه، رجع الغاصبُ علىٰ عاقلة القاتل بألفين، وتصدق بالفضل: وهو ألف.

وهذا فرع علىٰ أصلنا: أن الضمان سبب للتمليك، فإذا ضمن الغاصب مَلَكَ من وقت الضمان، فكأن القاتل قتله علىٰ ملكه، فيرجع علىٰ عاقلته بقيمته.

والدليل على أن الضمان يملك به، خلاف ما قاله الشافعي: أن البدل الذي يأخذه المالك بدل عن العين دون الحيلولة، ألا ترى أنه يختلف بحسب العين، وأن الحيلولة لا قيمة لها.

وإن كان بدلاً عن العين، فقد ملك المغصوب بدل العين بكماله[1]، والعين مما يصح نقل الملك فيها، فوجب أن يملكها، كمن وطئ جارية [ابنه][2] فأحبلها، وكمن أعتق عبدًا مشتركًا وهو موسر، يضمن قيمة نصيب شريكه.

ولا يلزم على هذا: المحرم إذا ضمن قيمة الصيد؛ لأن العين لا يجوز نقل الملك فيها؛ فلذلك لم يملكها.

وأما قوله: إنه يتصدّق بالفضل؛ فلأنه حصل له من وجه محظور.

قال: ولو كان العبد هو الذي قتل نفسه في يد الغاصب، ضمن الغاصب قيمته أيضًا ألف درهم يوم غصبه، ولا يضمن قيمته يوم قتل نفسه؛ وذلك لأن قتل الإنسان لنفسه لا يتعلق به حكم من أحكام القتل، فصار كموته بآفة من السماء.

فإن قتل جناية المضمون في يد الضامن، كجناية الضمان، فصار كأن الغاصب قتله، فيضمن الزيادة.

قلنا: جناية المضمون على غيره كجناية الغاصب، فأما جنايته على نفسه، فلا حكم لها في الأصول، فلا تصير كجناية الغاصب؛ ولأن الزيادة في يده أمانة، فكأن العبد الغصب أتلف وديعة لمولاه عند الغاصب.

---

(١) في ج (بكمال قيمة العين).

(٢) في أ (أبيه) والمثبت من ج.




قال: ولو غصب أمة، فولدت، ثم قتلت ولدها، ثم ماتت، فإنه يضمن قيمة الأم ألف درهم يوم غصبها، ولا يضمن الولد، وقتلها ولدها بمنزلة موته؛ وذلك لأن الولد أمانة في يد الغاصب، فكأنها أتلفت وديعة لمولاها.

وقال بشر عن أبي يوسف: في رجل غصب رجلاً عبدًا صغيرًا أو أمة، فشبَّا[1] وكبرا، فللمغصوب منه أن يأخذه، وكذلك الحيوان كله؛ وذلك لأن هذه زيادة حصلت من المغصوب، فهي على ملكه.

قال: وإن وجد المغصوب [منه] عبده شيخًا كبيرًا، فإن كان للصبي عليه فضل من قيمته، أخذ النقصان مع ذلك، وهذا على ما قدمنا.

وقال هشام: سمعت محمدًا قال: لو غصب رجل رجلاً أمة شابةً ناهدًا، فانكسر ثدياها عنده، كان هذا عيبًا؛ وذلك لأن هذه صفة تغيرت في يد الغاصب توجب نقصان القيمة، فكان من ضمانه.

قال: وإن كان المغصوب مملوكًا أمرد فخرج وجهه، فليس بعيب، والشيخوخة عيب، أو غصب غلامًا شابًا، فصار شيخًا في يده، فإنه يقوّم شابًا، ويقوّم شيخًا، فيضمن فضل ما بينهما؛ وذلك لأن [اللحية] جمال الرجل زيادة وليست بنقصان؛ بدليل أن من حلقها فلم تنبت، غرّم أرشها، والزيادة لا توجب الضمان، فأما الكبرُ [فهو نقص] وقد قدمناه.

قال: ولو غصب عبدًا قارئًا فنسي القراءة، أو غصب خَبَّازًا فنسي الخَبْز، أو غصبه وهو يحسن شيئًا من الأعمال فنسي ذلك، وذهب عنه في يد الغاصب، فإنه يقوّم على عمله ذلك، ويقوّم وهو لا يحسن [شيئًا من] ذلك، فيضمن

---

(١) في ج (فنشأ وكبر).

النقصان؛ وذلك لأن هذا نقص صفة [حصل] في يد الغاصب.

ولا يقال: إن عدم الصناعة ليس بعيب؛ بدلالة أن من اشترىٰ عبدًا فوجده لا يحسن الخَبْز لم يرده بالعيب؛ وذلك لأن هذا وإن لم يكن عيبًا إلا أنه إذا وُجد، فهو زيادة، وإذا عدمت صار نقصًا؛ ولهذا لو شرط في البيع أنه خباز، فوجده لا يخبز، كان له الخيار.

ولو أبق العبد الغصب في يد الغاصب، فالجُعْلُ في قول أبي يوسف علىٰ المولىٰ، ولا يرجع به علىٰ الغاصب، ولكن يرجع علىٰ الغاصب [بما نقصه الإباق.

وقال محمد: يرجع المولىٰ] بالجعل [علىٰ الغاصب].

لأبي يوسف: أن الجعل مستحق علىٰ المولىٰ برد العين[١] عليه، فوجب أن يكون عليه كما لو لم يكن مغصوبًا؛ ولأن الجعل لرد ما فات في يد الغاصب، فصار كمداواة الجراحة، فيكون علىٰ المولىٰ.

وأمّا العيب بالإباق، إذا لم يكن العبد أبق قبل ذلك، فهو نقص[٢] حدث في يد الغاصب، (فكان من ضمانه.

وجه قول محمد: أن رد العين علىٰ المالك واجبٌ علىٰ الغاصب)[٣]، فما يلزم عليه من الغرم في ماله؛ ولأنه يسقط بذلك عنه ضمان العبد، فصار منفعته له، فوجب ضمانه[٤] عليه.

---

(١) في ج (لإعادة يده).
(٢) في ج (فهو يضمن حدثًا).
(٣) ساقطة من ج.
(٤) في ج (عوضه).

بَابُ
الرجلِ يغصبُ الشيءَ فيتغيرُ عن صفتهِ عنده دونَ عينه



قال أبو الحسن رحمه الله: ولو أن رجلاً غصب رجلاً عصَيرًا، فصار خَلًّا، أو لبناً حليبًا فصار مخيضًا، أو عنبًا فصار زبيبًا، أو رطبًا فصار تمرًا، فإن أبا يوسف قال: المغصوب بالخيار: إن شاء أخذ الذي غصب منه بعينه ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه مثله وسَلَّمه إليه، وهذه رواية ابن الوليد عنه في الإملاء في كتاب الغصب؛ [٣١٣/ب] وذلك لأن [العين] المغصوبة دخلها نقص في يد الغاصب، فكان من ضمانه، ولا يمكن تضمين النقصان مع أخذ العين؛ لأن العصير واللبن يثبت فيه الربا، فإذا سلمت له العين وزيادة لم يجز علىٰ ما قدمناه، فإن أخذ العين، سقط حق التضمين، فإن طالب بمثلها، سلم العين الناقصة إلىٰ الغاصب.

قال: ولو غصبه ثوبًا، فقطعه قميصًا أو قِباء، ولم يخطه، فالمغصوب بالخيار: إن شاء أخذه ناقصًا مقطوعًا وضمنه ما نقص بالقطع، وإن شاء تركه وضمنه قيمة الثوب يوم غصبه[1]؛ وذلك لأنه لما قطعه، فقد فَوَّتَ الغرض والمقصود منه، ألا ترىٰ أن الثوب إذا قطع منه قميصٌ، لم يمكن أن يقطع من ذلك غير القميص، فإذا نقص المغصوب نقصًا كثيرًا، كان لمالكه تضمين جميع قيمته، كما لو قطع الغاصب قوائم الدابة؛ ولأنه فوّت المنفعة المقصودة من العين، فصار كمن غصب زيتًا[2]، فخلطه بزيت أردأ منه.

---

(١) انظر: الأصل ١٢/١٣٥.

(٢) في ج (غصب) زبيبًا فخلطه بزبيب).

وإنما كان له أن يضمنه نقصان الثوب ؛ لأن الربا[1] لا يثبت فيه ، فإذا أخذ المقطوع من الأرش ، فكأنه ملكه ثوبًا بثوب وزيادة.

قال: وإن غصبه شاةً فذبحها ، فإن بشرًا روىٰ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن صاحب الشاة بالخيار: إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها ، وكذلك روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة.

قال الحسن عن أبي حنيفة: وكذلك إذا سلخها حين ذبحها ، أو قطع لحمها أعضاء [ولم يطبخها] ، ولم تشوه والرأس قائم ، والجلد [باقٍ] ، والأكارع والبطن ، كان المغصوب بالخيار: إن شاء أخذ ذلك ولم يكن له غيره ، وإن شاء ضمنه قيمتها حيّةً.

وقال محمد في الأصل وغيره: إن شاء المغصوب أخذ الشاة وأخذ ما نقصها ، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها حيّة.

وجه رواية بشر والحسن: أن المقصود من الشاة اللحم ، والذبح يغرم عليه الأغراض ، فصار في معنىٰ الزيادة ، فإذا سلم الغاصب ، لم يجز أن يلزمه أرش النقصان ، وإنما ثبت له حق[2] تضمين القيمة ؛ لأنه فوت عليه الغرض من العين وإن كان الذبح زيادة فيها.

وجه رواية محمد ـ وهي الصحيحة ـ: أن الذبح نقص في الحيوان ، والربا لا يثبت فيه ، فصار كقطع الثوب.

---

(١) في ج (الزيادة).

(٢) في ج (يثبت للآخر تضمين).




قال: ولو غصبه تِبْر ذهب، أو تِبر فضَّةٍ، فصاغه إناءً، أو حِلية، أو آنيةً، أو ضرب تبر الفضة دراهم، وتبر الذهب دنانير، كان للمغصوب أن يأخذ ذلك أجمع، ولا يعطيه لعمله شيئًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا سبيل للمغصوب علىٰ شيء من ذلك، وعلىٰ الغاصب مثل التبر الذي غصبه.

لأبي حنيفة: أن [الصياغة في] الذهب والفضة لا يخرجها من حكم جنسها، ألا ترىٰ أن الاسم بحاله وعامة المنافع؛ لأنه يمكن أن يعمل منها بعد الضرب ما كان يعمل من [جنسها] قبل، وسقوط حق المالك (إنما يكون بزوال الاسم وعامة المنافع.

وجه قولهما: أن الصنعة توجب سقوط حق المالك) عن العين، كمن غصب حديدًا فضربه آنية. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الحديد [إنْ] بيع بعد ضربه وزنًا، فهو كالفضة، والخلاف فيهما سواء، ذكره أبو الحسن عقيب هذه المسألة.

وإنما يسقط حق المالك إذا لم يبع وزنًا؛ لأن الاسم زال، ألا ترىٰ أنه لا يقال للإِبَر حديد، وزال المعنىٰ؛ فلذلك سقط حق المالك.

[قال]: فإن غصب شيئًا من الحيوان، فكبر وزادت قيمته، فللمغصوب أن يأخذه، ولا شيء للغاصب من [ذلك] زيادة، وكذلك لو غصبه شيئًا من الحيوان جريحًا أو مريضًا، فداواه حتىٰ برئ وصَحَّ، فله أن يأخذه ولا يرد عليه شيئًا؛ وذلك لأن الزيادة نماء في[1] ملك المغصوب، وقد تبرع الغاصب بالإنفاق علىٰ

(١) في ج (نماء مال المغصوب).

ملك غيره، فلا يرجع عليه بشيء.

قال: وكذلك لو غصبه أرضًا فيها زرع، أو نخل، أو شجر، فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه، ثم حضر المغصوب منه، فله أن يأخذه، وكذلك لو كان النخل أطلع في يده فأبّره ولقّحه وقام عليه حتى تناهى عظمه، فهو كله للمغصوب منه، ولا شيء للغاصب من نفقته؛ لما قدمنا أنه نماء[1] حادث في ملكه، وقد تبرع الغاصب بالإنفاق عليه.

قال: ولو كان حصد من الزرع شيئًا فاستهلكه، أو أخذ من الثمرة شيئًا فأكله، أو جزّ صوف الغنم، أو حلبها، كان ضامنًا لذلك كله، يرد على المغصوب مثله فيما له مثل، وقيمة ما لا مثل له؛ وذلك لأن الزيادة في يد الغاصب أمانة، فإذا أتلفها ضمنها كالوديعة[2].



(١) في ج (أنه لما حدث في ملكه).

(٢) انظر: الأصل ١٣٤/١٢ وما بعدها.




بَابُ
الغصبِ يتغيرُ بزيادةٍ فيهِ بملكِ الغاصبِ أو بعملهِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا غصب الرجل من الرجل حنطةً وطحنها، فإن أبا حنيفة ومحمدًا قالا: لا سبيل لرب الحنطة علىٰ الدقيق، وكذلك روىٰ الحسن عن أبي حنيفة، وعلىٰ الغاصب مثل الحنطة التي غصب.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة، ولكن أبيع الدقيق وأشتري له حنطة مثل حنطته، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصبُ؛ لأنه شِيَة، فهو أحق به من غيره.

وكذلك لو غصبه دقيقًا فخبزه، أو غَزلاً فنسجه، أو قُطنًا فغزله ونسجه، فهو مثل ذلك، يباع له ذلك، فيعطىٰ مثل قطنه ومثل طعامه إن أبىٰ الغاصب أن يدفع ذلك إليه.

وروىٰ ابن سماعة عنه في موضع آخر: أن رب الحنطة بالخيار: إن شاء ضمّنه حنطة مثل حنطته، ودفع إليه الدقيق، وإن شاء أخذ الدقيق وأبرأ الطاحن؛ لأنه متاعه بعينه، أستقبح أن يجيء رجل مفلس يقدم إليّ[1] كُرًّا من حنطة لرجل، فيطحنه، ثم يهبه لابن [له] صغير، فلا يكون لرب الطعام علىٰ الدقيق سبيل.

(قال: أخالف أبا حنيفة في هذا، وأجعله بالخيار علىٰ ما وصفت لك)[2][3].

---

(١) في ج (يغرم أن ألف كر لرجل فيطحنه).

(٢) ساقطة من ج.

(٣) انظر: الأصل ١٢/١٣٦.

وكذلك إن وهبه الغاصب أو باعه أو تصدق به، فإن ذلك كله باطل، ولرب الطعام أن يأخذ شِيَةَ[1].

وكذلك لو غصب لحمًا فشواه، أو طبخه، وكذلك لو غصبه سمسمًا أو زيتونًا فعصره، وكذلك لو غصبه ترابًا فلبّنه [٣١٤/أ] أو طبخه آجُرًّا، أو اتخذ منه آنية الخزف، أو جعله حِبَابًا، فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه، ولا بأس بأن ينتفع به.

قال أيّده الله: وجملة هذا: إن الغاصب إذا أزال الاسم وعامة المنافع المباحة من العين بزيادة من جهته، زال ملك المالك عن العين عند أبي حنيفة ومحمد، وملكها الغاصبُ بالضمان.

وروي عن أبي يوسف ثلاث روايات: منها رواية ابن سماعة: أن حق المالك لا يسقط، ولكن يزول ملكه ويباع له العين في دينه.

ورواية ابن سماعة أيضًا: أن له أن يأخذ الدقيق ويبرئ الغاصب من الضمان.

وروىٰ الحسن بن زياد عنه مثل قول أبي حنيفة، وكذلك رواه بشر.

قال أبو الحسن: وهو عندي قوله الأول.

وقال الشافعي: لا يزول ملك المالك[2].

---

(١) الشِّيَة: سواد في بياض أو بياض في سواد، والشية: كل ما خالف اللون في جميع الجسد وفي جميع الدواب، والمراد هنا: هو الاختلاط وتغير الأصل لشيء آخر. انظر: مختار الصحاح؛ المعجم الوسيط (وشئ).

(٢) انظر: الأم ص٦٢٠.

وجه قولهما: ما روىٰ أبو حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسىٰ: (أن قومًا من الأنصار أضافوا رسول الله ﷺ، فقدموا إليه شاةً مَصْلِيّةً، فأخذ منها لقمة فمضغها، فلم تسغه، فقال: «**أما إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق**»، فقال الرجل: هذه لأخي، ولو كان أعزّ منها لم يبخس به عليّ، وسأرضيه بخير منها، فأمر النبي ﷺ أن يتصدق بها على الأسارىٰ).

فلولا أن ملك المالك[1] زال عنها لم يأمره بالصدقة بها، ولأمر ببيعها وحفظ ثمنها على الغاصب. وهذا خبر في الصحيح، وعليه بنىٰ أبو حنيفة كثيرًا من مسائل الغصب.

وكان المعنىٰ في ذلك: أن الاسمَ زال وعامةَ المنافع المباحة من العين بزيادة صنعه من جهة الغاصب، وهذا المعنىٰ موجود في طحن الحنطة، [وعصر] السمسم، ونسج الغزل، وغزل القطن.

ولأنه أزال الاسم وعامة المنافع المقصودة بزيادة[2] من جهة الغاصب، فصار كمن غصب دُهنًا طيبًا فخلطه ببزر.

ولأنه غصب الحنطة، فلا يجبر علىٰ تسليم الدقيق، كما لو أتلف الحنطة.

لأبي يوسف: أن الملك قد زال، إلّا أنّ زواله بغير رضا المالك لا يكون بأكثر من زواله بالبيع الذي رضي به المالك، ومعلوم أنه لو باعه الحنطة لم يسقط حقه حتىٰ يستوفي البدل، أو يرضىٰ بالتسليم، فكذلك هذا.

---

(١) في ج (الغائب).

(٢) في ج (المنافع المباحة من العين بفعل من).

فكأنه أزال ملكه في هذه الرواية وجعل له حبس العين، كما للبائع حبس المبيع.

وأما الرواية الأخرىٰ، فقال: لا يزول ملكه؛ لأن العين موجودة، وإنما حدث فيها تفريق الطحن، فهو كالشاة إذا ذبحها.

وأما التراب إذا لبّنه أو جعله آنية، فإن كان له قيمة، فهو مثل الحنطة إذا طحنها، وإن لم يكن له قيمة، لم يلزم الغاصب ضمانه؛ لأن ما لا يتقوم[1] لا يضمن؛ فذلك جوّزوا له الانتفاع بالعين؛ لأنهم إنما منعوا الانتفاع في مسألة الغصب؛ لعدم الغرامة، فإذا لم تجب الغرامة، جاز الانتفاع.

قال: وإن غصبه طعامًا فزرعه، فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ويتصدق بفضله.

وقال أبو يوسف: لا يتصدق بفضله، ولا بأس بأن ينتفع به قبل أن يرضي صاحبه.

وإنما زال ملك المالك؛ لأن الغاصب استهلك الطعام، والاستهلاك يزول به الملك بالاتفاق.

فقد فرّق أبو يوسف بين هذه المسألة وبين الطحن؛ لأن الطحن ليس بإتلاف، وإنما هو تغيير لصفة العين والزرع يحترق الحب فيه، وإنما يتولد الزرع من فعل الله تعالىٰ، فلم تكن العين موجودة حتىٰ تعلق بها حق المالك.

فأما الفضل فيتصدق به عند أبي حنيفة [ومحمد]؛ لأنه مال حصل له من وجه محظور، لم يسقط عنه بدله، ولا رضي بتضمينه، فوجب أن يتصدق به كشاة

(١) في ج (ينتفع).

الأنصاري، كسائر المحظورات.

لأبي يوسف: أنه ملك العين بالضمان، فطاب له ربحها، كما لو ملكه بالعقود.

قال: وكذلك [لو غصبه] نوىٰ غرْسِه، واتخذ منه نخلاً، فهو ضامن لقيمته، وكذلك صنوف الشجر؛ وذلك لأن النوىٰ إذا نبت، صار مستهلكًا، فهو كالحب إذا نبت له.

وقال أبو حنيفة ومحمد في الحنطة إذا طحنها[1] وما أشبه ذلك: أكره أن ينتفع به حتىٰ يرضي صاحبه، وهو أيضًا قول أبي يوسف في القول الذي [قال]: لا سبيل له عليه، وعليه حنطة مثل الحنطة؛ وذلك لأنه حصل له من وجه محظور علىٰ الشرط الذي بيّنا، ولأنه لو أبحنا له الانتفاع قبل الأداء[2] والتراضي بالضمان، صار ذلك ذريعة إلىٰ إتلاف الأموال، وهذا لا يصح[3].

فأمّا أبو يوسف، ففرق بين هذا وبين الزرع بما قدمنا: أن الحنطة إذا زرعت هلكت، وما يتولد من النبات ليس هو العين المغصوبة، فلم يكره[4] الانتفاع به، فأما في مسألتنا: فالعين باقية، وإنما تغيّرت صفتها؛ فلذلك لم يجز له الانتفاع بها.

وقال أبو يوسف في الوَدِيِّ إذا غرسه فصار نخلاً: أكره له أن ينتفع به حتىٰ يرضي صاحبه، ورخَّص في الزرع أن ينتفع بما يخرج منه قبل أن يعطي صاحبه،

(١) في ج (طبخها).
(٢) في ج (قبل الإجابة بالتراضي).
(٣) انظر: الأصل ١٢/١٤٠.
(٤) في ج (يكن).

مثل الحنطة، وكذلك النوى إذا صار نخلاً.

وإنما قلنا: إن الوَدِيّ يملك إذا علق، والوديّ: هو الفسيل بلغة أهل المدينة[1]؛ لأنه إذا غرسه فعلق، فقد صار تابعًا لملكه، بدليل أنه يدخل في بيع الأرض على طريق التبع[2]، والعين المغصوبة إذا صارت تابعة لملك الغاصب على وجه في إزالته ضرر، سقط حق المالك عنها على ما سنبيّنه.

ولأنها تغيرت؛ ولأن الوَدِيّ إذا صار نخلاً، صار فيه من الجمّار جنسه، وزال الاسم وعامة المنافع من أسباب التمليك.

فأمّا فرق أبي يوسف بين الودي والنوى في إباحة الانتفاع؛ فلما ذكرنا أن النوى يعفن ويهلك ويحدث عينًا أخرى، والودي يزيد في نفسه[3].

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن رجلاً لو أخذ شاةً لرجل بغير إذنه، فذبحها، أو طبخها، أو شواها، فإن لصاحبها أن يضمنه القيمة، فإن كان صاحبها غائبًا أو حاضرًا لا يرضى أن يضمنه، لم يسع للذي ذبح وشوى أن يأكلها، وأن يطعم منها أحدًا، ولا يسع أحدًا أن يأكل منها حتى يضمن الذي صنع بها ذلك قيمتها لصاحبها، فإذا ضمّنه صاحبها القيمة بأمر قاضٍ أو بغير أمر قاض، وسعه أن يأكلها وأن يطعم من يحب إذا أدّى القيمة أو كانت [٣١٤/ب] دينًا عليه.

قال: وإن لم يضمن القيمة، فليتصدق بها.

وأما زوال ملك المالك فقد قدمناه، وأما المنع من الأكل والانتفاع؛ فلأن

---

(١) انظر: مختار الصحاح؛ المصباح المنير (ودى).

(٢) في ج (البيع).

(٣) انظر: الأصل ١٢/١٤٠، ١٤١؛ وأورد الكاساني المسألة بنصها ٧/١٥٣.




النبي ﷺ أمر أن يتصدق بها، ولو جاز أكلها لتركهم يأكلونها؛ ولأن ذلك يصير ذريعة إلى الغصب على ما قدمنا.

فإن دفع الغاصب قيمتها، حل له الأكل؛ لأن حق المالك سقط باستيفاء البدل، فكأنه باعها وأخذ ثمنها، وكذلك إن أَبْرَأَه المالك؛ لأن حقه سقط بالبراءة كما يسقط بالاستيفاء، وكذلك إذا ضمنه المالك القيمة؛ لأنه لما ضمّنه فقد ثبت البدل بتراضيهما، فهو كما لو ثبت بالبيع، وكذلك إذا ضمنه الحاكم؛ لأن الحاكم لا يحكم بالقيمة إلا بطلب المالك ودعواه، فكأن المالك ضمن.

قال: فإن أبى أن يأخذ القيمة، وأراد أن يأخذ اللحم وهو مطبوخ، أو مشوي، لم يكن له ذلك؛ لما قدمنا: أن الملك زال، فلم يكن له المطالبة بما ليس على ملكه؛ ولأنه غصب منه شاة، فلا يجبر على تسليم الطعام إليه، كما لو استهلك الشاة.

قال: وإن باع الغاصبُ اللحم بعدما طبخه وشواه، وكذلك إذا وهبه، أو تصدق به؛ وذلك لأنه ملكه من وجه محظور، فهو ممنوع من الانتفاع به، وإن باعه نفذ[1] بيعه كالمقبوض على وجه بيع فاسد.

قال الحسن: وقال زفر: إذا طبخه أو شواه، فقد صار مستهلكًا له، وعليه القيمة، وله أن يأكله ويُطعمه مَنْ شاء، رضي صاحبه بالقيمة أو لم يرض، وبه يأخذ الحسن.

وقد قال أبو يوسف: إن القياس ما قاله زفر، وإنما منعوا من الانتفاع به استحسانًا.

---

(١) في ج (بعد).

وجه القياس: أنه ملكه بالضمان، فهو كالمملوك بالعقد.

وجه الاستحسان: ما روي أن النبي ﷺ أمر بالصدقة باللحم، فلو جاز الانتفاع به لبيّن ذلك لهم[١]، وخيّرهم في الصدقة.

وقد روىٰ محمد عن أبي حنيفة حديث عاصم بن كليب في إملاء الكيساني، وقال محمد: يعني بالأسرىٰ: المحبوسين، قال: وبهذا نأخذ، ألا ترىٰ أن رسول الله ﷺ أمره أن يطعمه الأسرىٰ، فلو كان لصاحب الشاة في اللحم حق من ارتهان بحقه، أو غير ذلك علىٰ وجهٍ من الوجوه، ما أمره رسول الله ﷺ أن يطعمه الأسرىٰ، ولكنه لم [ير له حقًا][٢]، وكذلك نقول.

قال محمد: وكذلك لو غصبه دقيقًا فجعله خبزًا. وهذا صحيح؛ لأن الاسمَ زال وأكثر المنافع بصفة حادثة.

قال: وكذلك لو غصب بيضة فحضنها وصارت دجاجة؛ وذلك لأن البيض يهلك ويتولد الحيوان من فعل الله تعالىٰ، فصار كزرع الحنطة.

وكذلك لو غصب زيتًا فجعله في بزر له كثير، فغلب عليه البزر؛ وذلك لأنه صار مستهلكًا فيه، ألا ترىٰ أنه لا ينتفع به انتفاع الزيت.

وكذلك لو غصب عُصفرًا فصبغ به؛ لأنه صار تابعًا[٣] لملك الغاصب علىٰ وجه في إزالته ضرر.

---

(١) العبارة في ج: (ولو جاز الانتفاع به، لأكل من ذلك ولم يأمرهم بصرفها إلىٰ الصدقة).
(٢) في أ (يتركوا حقه) والمثبت من ج.
(٣) في ج (مانعًا).

وكذلك لو غصب آجُرًّا أو لَبِنًا، فبنىٰ به أُسَّ حائط، لم يكن له علىٰ الحائط سبيل، وضمنه قيمة آجُرّه ولبِنه، وهذه مسألة الساحة إذا أدخلها في البناء، سقط حق مالكها [عندنا].

وقال زفر والشافعي: ينقض البناء [ويرد][1].

لنا: أن العين المغصوبة صارت تابعةً لمال الغاصب علىٰ وجه في إزالته ضرر، فصار كمن غصب خيطًا فخيّط به جرح عبده، أو جرح حماره، وقد نص الشافعي علىٰ هذا.

وكان أبو الحسن ﷺ يقول: المسألة موضوعة علىٰ أنه بنىٰ علىٰ [حوالي] الساحة؛ لأنه غير متعدٍ في البناء علىٰ ملكه، فلا ينقض، فأما إذا بنىٰ علىٰ نفس الساحة، نقض بناؤه؛ لأنه تعدىٰ فيه، وكان [أبو جعفر الهندواني وهو ببلخ][2] يختار هذا القول.

وقد ذكر في كتاب الصرف: فيمن غصب درهمًا فجعله عروة مزادة، سقط حق مالكه، والفضة[3] لا يسقط حق المالك عنها بالصياغة، وإنما أسقطها بكونها تابعة للمزادة، وذلك لا يكون إلا بعمل يوقعه فيها علىٰ وجه التعدي، فدل علىٰ أن المسألة علىٰ إطلاقها، وأنه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين.

---

(١) وقال الشافعي: ... وكان علىٰ الباني والغارس أن يقلع بناءه وغرسه، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلعُ الأرضَ، حتىٰ يردّ إليه الأرض بحالها حين أخذها، ويضمن القيمة بما نقصها». الأم ص٦٢٣؛ انظر: المنهاج ص٢٩٥؛ رحمة الأمة ص١٤٢.

(٢) في أ (الهندواني) فقط، والزيادة من ج.

(٣) في ج (والقضيب).

وجه قول زفر: أن البناء لم يسقط حق المالك؛ بدلالة أن الغاصب لو نقض ورَدَّ الساجة لم يكن له [عليه] غير ذلك، وإذا لم يسقط حقه عنها، لزم الغاصب تسليمها.

قال: فإن بيعت الدار في حياته، أو بعد وفاته، كان صاحب هذه الأشياء أسوة الغرماء في الثمن، لا يكون له شيء من ذلك دون بقية الغرماء؛ لما بيّنا أن ملكه زال عن العين، فلم يثبت له حق الإمساك، فصار كالمبيع الذي باعه وسلمه(١).



(١) انظر: الأصل ١٢/١٣٩، ١٤٥، ١٤٧.

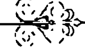
بَابُ
الثوب يغصبه الرجل فيصبغه أو يقطعه ويخيطه

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قال بِشْرٌ عن أبي يوسف في إملائه: في رجل غصب من رجل ثوبًا، فصبغه بعُصْفُرٍ، أن صاحب الثوب بالخيار: إن شاء سلّم الثوب للغاصب وضمّنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وضَمِن له ما زاد العُصْفُر في الثوب، وكذلك الزعفران.

وإنما لم يملك الغاصب الثوب بالصبغ؛ لأن الاسم لم يزل، وعامة المنافع باقية.

وإنما ثبت الضمان؛ لأن المالك لا ينتفع به بعد الصبغ كما كان ينتفع به قبله؛ لأنه لم يرض بالتزام بدل الصبغ، فلم يجز التزامه ذلك، فإذا لم يلزمه، فهو بالخيار بين ثلاثة أشياء: إن شاء ضَمَّن الغاصب قيمة الثوب أبيض؛ لأنه أفسد ملكه وفوت الغرض منه، وإن شاء أخذ الثوب وغرّم قيمة الصبغ؛ لما بيّنا أن الثوب علىٰ ملكه، والصبغ [عين][1] مال قائم، فلا يجوز أن يستحقه الغاصب بغير عوض، وإن شاء لم يضمن الغاصب وترك الثوب علىٰ حاله، والصبغ للغاصب فيه، فإذا بيع [اقتسم] الثمن علىٰ قدر حقهما؛ وذلك لأن الضمان ثبت لحق المالك، فإذا رضي[2] بتركه جاز، وإذا أسقط الضمان صار كأن الريح ألقت الثوب في صبغ رجل، فيكون مشتركًا بين صاحب الصبغ وصاحب[3] الثوب،

(١) في أ (غير) والمثبت من ج.
(٢) في ج (رضي به).
(٣) وهو (غاصب الثوب) كما في ج.



لهذا ثوبه، ولهذا صبغه، ولم يذكر أبو الحسن رحمه الله هذا الوجه من الخيار.

قال: فأما في الصبغ بالسواد، فإن شاء: ضمنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذ الثوب أسود ولا شيء [عليه] للغاصب.

وقال أبو يوسف: السواد عندي مثل العصفر، فيعطيه ما زاد [٣١٥/أ] السواد فيه، وهذا قول محمد.

فمن أصحابنا من قال: إنه لا خلاف في هذه المسألة في الحقيقة؛ لأن أبا حنيفة أجاب [على] ما شاهد في زمن بني مروان، أنهم لم يلبسوا السواد، وكان ذلك نقصًا، فلم يجب على [صاحب الثوب ضمان مع النقصان][1] في ثوبه، وأجابا هما على ما شاهدا من عادة بني العباس، ولبسهم السواد، فكان ذلك زيادة في عادتهم، فهو كالعُصْفُر.

ومن أصحابنا من قال: إن أبا حنيفة أجاب في نوع من الثياب ينقص السواد من قيمته في العادة، وأجابا هما على نوع يزيد الثوب في قيمته في العادة.

فالحاصل من هذا: أنه لا خلاف في المسألة، وإنما يرجع إلى العادة في كل زمان، فإن كان السواد زيادة، غَرّمه المالك، وإلا لم يغرمه.

وأما العُصْفُر إذا نقص في الثوب ولم يزد، فقد روي عن محمدٍ أنه قال: فيمن غصب ثوبًا قيمته ثلاثون درهمًا، فصبغه بعُصْفُر، حتى صار قيمته عشرين درهمًا: فإني أنظر إلى ما يزيد هذا الصبغ في قيمة ثوب لا ينقص قيمته به، فإن كان يزيد في ثمنه خمسة، غرمت الغاصب خمسة دراهم؛ وذلك لأن الثوب قد

(١) في أ (ضمان الثوب مع النقص) والمثبت من ج.

نقص في قيمته عشرة، وجعل للمالك منها صبغٌ قيمته خمسة، فبقيت خمسة لا شيء في مقابلتها [لا يضمنها]، فيضمنها الغاصب.

فإن كان السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص في قيمة بعض، فيجب أن يكون على ما قاله محمد في هذه المسألة.

قال: ولو كان صاحب الثوب هو الذي صبغ العصفر، فصبغ به ثوبه، كان الثوبُ له، وهو ضامن كمثل ما أخذ، إن قدر على كيل مثله [يكيل]، أو وزن مثله يوزن، وإن لم يقدر على كيل مثله أو وزن مثله، [فعليه قيمته][1] يوم يختصمان إن كان مما يكال أو يوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، فقيمته يوم أخذه.

قال بشر: وقال أبو يوسف بعد ذلك: [يغرم] قيمته يوم غصبه؛ وذلك لأن الصبغ صار مستهلكًا في الثوب وتابعًا له، ألا ترى أن المالك إذا باع الثوب دخل الصبغ فيه بغير تسمية، ولو باع الصبغ لم يجز، وإذا صار مستهلكًا ضمنه، فإن كان مما يكال أو يوزن وقدر على مثله، ضمن مثله، وإن لم يقدر على مثله، فهو على الخلاف الذي قدمنا فيما ينقطع عن أيدي الناس.

قال: وليس لصاحب العُصْفُر أن يحبس الثوب في شيء من ذلك؛ لأن الثوب متبوع وليس بتابع، فصار الصبغ كالهالك.

قال: والسواد في هذا الوجه بمنزلة الزعفران؛ لأن المالك لما صبغ به ثوبه، فقد استهلكه، فلا فرق بين أن يزيد في قيمة ثوبه أو ينقص.

قال: وقال أبو حنيفة: لو أن ثوبًا وقع في صبغ رجل فانصبغ به، ولم يصبغه

---

(١) في أ (قيمته) والمثبت من ج.

أحد، فإن كان سوادًا، فالثوب لرب الثوب، ولا شيء على رب الثوب من قيمة الصبغ، وإن كان زعفرانًا، أو عصفرًا، فرب الثوب بالخيار: إن شاء سُلِّمَ له ثوبه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء امتنع من ذلك، فبيع [الثوب][١]، فضرب فيه صاحب الصبغ بقيمة الصبغ على حاله في الثوب ناقصًا.

وقال أبو يوسف مثل ذلك في العصفر والزعفران والسواد.

أما إذا صبغ بصبغ له قيمة، فلا ضمان على المالك؛ لأنه لم يوجد منه تعدٍّ في الصبغ، وكذلك لا ضمان على صاحب الصبغ؛ لأنه لم يتعد في الثوب والصبغ [مال] قائم، إلا أنه تابع لمال صاحب الثوب: فإن شاء أعطى قيمة الصبغ وسلّم له ثوبه؛ لأن ملكه متبوع، وإن شاء تركه على الشركة، فإذا بيع، ضرب فيه بقيمة ثوب أبيض؛ لأن الزيادة بالصبغ حصلت في ملك غيره، [فلم] يضرب صاحب الصبغ بقيمة صبغ في ثوب؛ لأن الصبغ ينقص بحصوله في الثوب، وهو إنما يستحق قيمته في الحال، فاعتبرت قيمته على نقصانها.

فأمّا السواد، فليس بزيادة عند أبي حنيفة، فلا يضمن صاحب الثوب لأجله شيئًا.

قال: وكذلك السَّمْنُ يختلط بالعَسَل، والسمن بالسَّوِيق[٢]، والسويق هاهنا بمنزلة الثوب، والسمن بمنزلة الصبغ؛ وذلك لأن السَّوِيق متبوع، والسمن تبع، ألا ترى أنه يدخل في بيعه بالإطلاق.

---

(١) في أ (ذلك) والمثبت من ج.

(٢) والسَّوِيقُ: ما يُعْمل من مدقوق الحنطة والشعير، وجمعه: أَسْوِقَة. انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (سوق).

قال: وكذلك المِسْك[1] يخلط بالدهن، فالدهن بمنزلة الثوب، والمسك بمنزلة الصبغ إذا كان الدهن يصلح خلطه مع المسك، ويكون زيادة فيه.

فإذا كان دُهنًا لا يصلح خلطه بالمسك، فهو فساد، والقول فيه مخالف لما وصفت لك؛ وذلك لأن المسك إذا اختلط بالأدهان الطيبة، زاد في قيمتها، وصار تابعًا لها، فهو كالسمن في السويق.

فأما إذا اختلط بالأدهان المنتنة، استهلك فيها ولم يزد في قيمتها، فلا يعتد به.

قال: ولو أن رجلاً غصب من رجل ثوبًا فصبغه بعصفر لآخر، ثم ذهب الفاعل فلم يعرف، كان القول في هذا كالقول في الذي اختلط بغير فعل أحد، أَدَعُ القياس [في هذا] وأستحسن.

وجه القياس: [أن الذي صبغ الثوب، ملك الصبغ وثبت عليه حق الضمان، فلم يكن لصاحب الصبغ على ما في الثوب سبيل، وهو على ملك غيره.

وجه الاستحسان][2]: أنه لما لم[3] يعرف الذي تعلق به الضمان سقط حكمه، وكان الثوب وقع في صبغ بالريح.

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً غصب عُصْفُرًا فصبغ به ثوب[4] نفسه وباعه،

---

(١) «المِسْكُ: ضرب من الطِّيب يُتخذ من ضرب من الغزلان، القطعة منه مِسْكَة، والجمع مِسَكٌ». المعجم الوجيز (مسك).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ج، حيث سقطت من أ.

(٣) في ج (أنه لما تعرف).

(٤) في ج (ثوبًا بعينه).

وحضر(١) صاحب العصفر، فلا حق له على المشتري من قبل أن حقه على الغاصب إذا كان معروفًا، فإن كان مجهولاً فقد وصفت لك الاستحسان؛ وذلك لأنه لما صبغ به الثوب ملكه، فإذا باعه جاز بيعه، فلم يكن لصاحب الصبغ سبيل على المشتري مع صحة البيع.

قال: ولو أن رجلاً غصب ثوبًا فصبغه بعصفر نفسه، ثم باعه وغاب، ثم حضر صاحب الثوب والمشتري، فإنه يقضى بالثوب لصاحب الثوب، ويستوثق منه، ولا يدفع إليه الثوب، ويكون ذلك [الشقص](٢) لصاحب العصفر إذا حضر، وينتقض البيع فيما بين البائع والمشتري؛ لأن الثوب متبوع، والصبغ تبع، فلم يملكه الغاصب بالصبغ، فإذا باعه لم يصح بيعه، ووجب تسليم الثوب إلى صاحبه، إلا أنه يستوثق لصاحب الصبغ؛ لأنه عين مال له، فلا يجوز للقاضي أن يسلمه إلا بعد الاحتياط بالكفالة [٣١٥/ب].

قال: ولو أن رجلاً اغتصب ثوبًا وعصفرًا لرجل واحد، فصبغه، فالمغصوب بالخيار: إن شاء أخذ الثوب مصبوغًا وأبرأ الغاصب من الضمان في العصفر والثوب، وهذا استحسان ليس بقياس، لا ينبغي في القياس [أن يأخذ في] العصفر، ولكنه يَضمِّنُ للغاصب عصفرًا مثله، ويعطيه هو ما زاد العصفر في الثوب، وإن شاء ضَمَّنه قيمة الثوب وعصفرًا مثل العصفر ويسلم ذلك كله إليه.

وإنما يثبت له حق التضمين؛ لأنه استهلك الصبغ فملكه، فوجب عليه مثله، وصار كمن صبغ ثوب غيره بصبغ نفسه، فللمالك أن يضمنه قيمة الثوب.

---

(١) في ج (وحط).

(٢) في أ (البقسة).




وأما وجه القياس إذا اختار المالك أخذ الثوب: فلأنّ الغاصب ملك الصبغ بالاستهلاك، فكأَنَّه صبغ بصبغ نفسه، فيغرم له المالك زيادة الصبغ، ويرجع عليه بمثله.

وجه الاستحسان: أن الصبغ خلط لأحد المالين بالآخر، ومال الإنسان لا يصير مستهلكًا بماله، وإنما يدخل نقصًا فيه، فإذا اختار الأخذ، فقد أبرأ من النقص، فجائز.

قال: فإن كان العصفر لرجلٍ، والثوب لآخر، فرضيا أن يأخذا الثوب مصبوغًا كما أخذه الواحد حيث كان له، فليس لهما ذلك، ولكن [لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب][1] ويرد على الغاصب ما زاد الصبغ فيه، ويتبع صاحب العصفر الغاصبَ بعصفر مثل عصفره؛ وذلك لأنه لما صبغ الثوب بالعصفر، صار مستهلكًا له، ووجب عليه [مثله]، فلم يكن لصاحبه [عليه] سبيل.

وليس كذلك إذا كانا لواحد؛ لأن مال الإنسان لا يصير مستهلكًا بخلطه بماله، وإنما يصير ناقصًا؛ فلذلك كان لصاحب الثوب أخذه.

وقال أبو حنيفة: في الرجل يغصب الثوب فيفتله أو يغسله، فلصاحب الثوب أن يأخذه، ولا شيء للغاصب؛ وذلك لأن الفتل أو الغسل ليس بزيادة عين مال فيه، وإنما الفتل تغيير صفة أجزائه، والغسيل إزالة الوسخ عنه وردّه إلى لون القطن.

فأما الصابون والأشنان، فلا يبقى له عين في الثوب، وإنما يتلف، فلا يكون للغاصب ضمانه.

---

(١) في أ (لصاحبه أن يأخذ) والمثبت من ج.

قال: وكذلك إذا قطعه قميصًا أو قِباء ولم يخطه، فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمَّنه قيمة ثوبه وسَلَّمه إليه، وإن شاء أخذ الثوب مقطوعًا وأخذ النقصان معه؛ وذلك لأن القطع نقصان كثير، ألا ترىٰ أنه لا يجيء منه بعد القطع ما كان يجيء منه قبله، وإذا كثر النقصان كان للمالك تضيمن القيمة؛ لأنه لم يرض أن يكون علىٰ ملكه إلا ما ينتفع به الانتفاع بالثياب، وإن شاء ضَمَّنه النقصان؛ لأنه لم يستهلكه استهلاكًا تامًا، ولا اتصل بزيادة، والمماثلة فيه غير معتبرة.

وقال أبو حنيفة: إن خاطه الغاصبُ قميصًا، فلا سبيل لصاحبه عليه، وعلىٰ الغاصب قيمة الثوب، وكذلك لو جعله قِباء أو جُبَّة؛ [وذلك] لأن الاسم زال، وأكثر المنافع بزيادة صفة[1] من جهة الغاصب، فصار كشاة الأنصاري.

قال: وكل ما صار عليه في ضمانه في هذا الوجه، فليس يحبس [شيئًا] مما ضمن رهنًا بذلك، ولكن يسلم له ويتبع بالضمان، وهذا قول أبي حنيفة، وقد قدمنا هذه المسألة في خلاف أبي يوسف إذا طحن الحنطة.

وقال ابن سماعة في نوادره عن محمد: في رجل غصب من رجل خوصًا فجعله زنبيلاً، قال: فلا سبيل للمغصوب عليه؛ وذلك لأن الاسم زال، وأكثر المنافع لزيادة صنعة من الغاصب.

قال: وإن غصب نخلة فشَقّقَها جذوعًا، كان له أن يأخذ ذلك الجذع؛ وذلك لأن الاسم لم يزل، وإنما تفرقت الأجزاء، فصارت كالثوب إذا قطعه.

قال: ولو غصب شاةً فذبحها، كان له أن يأخذ اللحم، وهذا قول أبي

(١) في ج (صنعة).




حنيفة؛ لأن الذبح تفريق الأجزاء، كقطع الثوب.

فأما الكلام في تضمين النقصان، فقد تقدم على روايتين.

قال: وإن غصبه لحمًا فشواه، أو طبخه، فإن أبا حنيفة قال: لا سبيل له عليه.

وقال أبو يوسف: له أن يأخذ اللحم المشوي بغير شيء، ويأخذ المطبوخ ويعطيه ما زاد [التابل][1] فيه والطبيخ، كذا قال ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف.

وروى ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل رواية محمد عن أبي حنيفة.

قال: وإذا شوى اللحم أو طبخه، [لا سبيل][2] لصاحبه عليه، وعلى الذي فعله[3] به قيمته، وكذلك قال أبو يوسف.

أما أبو حنيفة، فذهب إلى ما قدمنا من حديث شاة الأنصاري.

وأما أبو يوسف، فذهب إلى أن العين باقية، والشوي ليس بزيادة مال فيها، فصار على أصله، كطحن الطعام.

فأما إذا طبخ بالتوابل، فذلك زيادة مال في اللحم، فصار كالصبغ في الثوب، ويجب على قياس هذا القول إذا طبخه أن يأخذه ولا شيء عليه؛ لأنه

---

(١) في أ (البائع) والمثبت من ج.
والتابل: من تَبَّلَ الطعام، جعل فيه التَّابَلَ: أبازير الطعام، والجمع توابل. انظر: المعجم الوجيز (تبل).

(٢) في أ (قال) والمثبت من ج.

(٣) في ج (جعله في قيمته).

ليس هناك زيادة مال، فهو كالشَّيِّ[1].

وقال ابن سماعة عن محمد: إن غصبه مصحفًا فنقطه، قال: صاحبه بالخيار: إن شاء أعطاه ما زاد ذلك [عليه وفيه تنقطه][2]، وإن شاء ضَمَّنه قيمته غير منقوط؛ وذلك لأن النقط زيادة في المصحف لها أثر[3]، فحلت محل الصبغ في الثوب.

وروى مُعَلَّى عن أبي يوسف: أن صاحبه يأخذه ولا شيء عليه؛ لأن النقط ليس بزيادة مال ولا معنى متقوم، وإنما يتقوم فيه المنفعة، ولا قيمة لها إلا بعقد.

ولو غصب ثوبًا فقَصَرَه، كان لرب الثوب أن يأخذ الثوب ولا يعطيه شيئًا؛ لأن القِصَارَةَ ليست بزيادة عين في الثوب، وإنما هو ردّ له إلى لون القطن، وما استعمله من الصابون والأشنان متلفٌ لا عين له، فلم يبق إلا المنافع، ولا قيمة لها بنفسها.

ولا يقال: إن القَصَّار له أن يحبس الثوب بالأجرة، فقد جعلوا القصارة كالعين؛ لأن الحبس إنما يثبت في العمل الذي له أثر، والضمان إنما يجب في العين القائمة دون الأثر.

قال: ولو غصب دارًا فجصصها ثم رَدَّها، قيل لصاحبها: اعطه ما زاد التجصيص فيها، إلا أن يرضى [صَاحب الدار][4] أن يأخذ الغاصب جصّه؛ وذلك لأن الجِصَّ[5] عين مال قائم يمكن أن ينفصل من الدار، إلا أنه صار تابعًا

(١) انظر: الأصل ١٢/١٣٤، ١٣٩ وما بعدها.
(٢) في أ (فيه) والمثبت من ج.
(٣) في ج (أرش).
(٤) في أ (صاحبه) والمثبت من ج.
(٥) «الجِصُّ: ما تُطْلى به البيوت من الجير». المعجم الوجيز (جص).




لها علىٰ وجه في إزالته ضرر، ولا يجوز أن يستحقه المغصوب بغير عوض، فكان بالخيار: إن شاء ضمن له قيمته، وإن شاء مكّنه من أخذه.

قال: وإذا غصب الرجل من الرجل خمرًا فخللها، فلصاحبها أن يأخذها، وهذا إنما يعني به في خمر المسلم؛ لأنه لا يقدر علىٰ تضمين الغاصب [الخمر]؛ لأنها ليست بمالٍ له، إلا أنها كانت علىٰ ملكه، ألا ترىٰ أن المسلم يملك الخمر علىٰ أصل أبي حنيفة [٣١٦/أ] إذا وكَّل ذميًّا بشرائها.

وعلىٰ قولهم جميعًا: إذا اشتراها عبده المأذون النصراني، وإذا عجّز مكاتبه النصراني، وإذا اتخذ من العصير خلاً، فصارت خمرًا قبل ذلك.

فإذا كانت علىٰ ملكه وقد استحالت خَلًّا من غير مالٍ من جهة الغاصب، ألا ترىٰ أن الملح الذي يطرحه فيها مستهلك لا عين له، فكأنها استحالت بنفسها خلاً، فتكون لصاحبها.

قال بشر عن أبي يوسف وقال أبو حنيفة: في رجل غصب من رجل جلدًا [قد تغيّر] ودبغه، فإن كان الجلد جلد ميتة، فصاحبه بالخيار: إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ، وإن شاء سلَّمه ولا شيء له، وإن كان ذكيًّا: فإن شاء ضمنه قيمته، وإن شاء أخذه ورد عليه ما زاد الدباغ.

أما الجلد الذكي إذا غصبه فدبغه: فإن دبغه بما لا قيمة له مثل الماء والتراب والشمس، فلصاحبه أخذه ولا شيء عليه؛ لأنه ليس فيه عين مال من جهة الغاصب، (وإنما هناك منافع وهي غير متقومة، فليس له أن يضمن الغاصب)[1]؛

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.

لأن الجلد بحاله لم يدخله نقص، فلم يلزم مالكه غرم.

فأما إذا دبغه بما له قيمة، مثل [الشَّثّ][1] والقَرَظ [والعَفْص]، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه؛ لأن الدباغ بما له قيمة عين مال قائم في الجلد، فصار كالصبغ في الثوب.

وأما إذا غصب جلد ميتة ودبغه بما لا قيمة له، فلصاحبه أخذه؛ لأنه استحال مالاً على حكم ملكه من غير زيادة من جهة الغاصب فيه، وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها.

وأما إذا ألقى صاحب الميتة الميتة في الطريق، فأخذ رجل جلدها فدبغه، فقد قالوا: إنه لا سبيل له على الجلد؛ لأن إلقاءها في الطريق إباحة لأخذها، فلا يثبت له الرجوع، كإلقاء النوى.

وإن دبغه بما لَهُ قيمة، فلصاحبه أن يأخذه ويغرم له ما زاد الدباغ؛ لأن الجلد صار مالاً بمال الغاصب، وهو عين قائمة، فلا يجوز نقلها بغير عوض، وليس له أن يضمنه قيمة الجلد؛ لأنه غصبه، ولا قيمة له.

قال: ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديمًا، أو زقًا، أو دفترًا، أو حرابًا، أو قِربةً، أو فَروًا، لم يكن للمغصوب على الجلد سبيل ولا خيار، فإن كان الجلد ذكيًا ضمن الغاصب قيمته، وإن كان ميتةً فلا شيء عليه؛ وذلك لأنه أزال الاسم

(١) في أ ج (الشيت) والمثبت من المصباح، حيث قال الفيومي: «الشَّثّ ـ بالثاء المثلثة ـ: وهو شجر مثل التفاح الصغار، وورقه كورق الخلاف يدبغ به». (الشبّ).
«والقَرَظُ: ورق السَّلَم يدبغ به». المعجم الوجيز (قرظ).
«والعَفْصُ: معروف ويدبغ به، وليس من كلام أهل البادية». المصباح (عفص).

وأكثر المنافع بصفة حادثة، فحَلّ محل الثوب إذا خاطه.

فإن كان الجلد ذكيًا، فله قيمة عند الغصب، فيضمنها[1]، وإن كانت ميتة فلا قيمة له عند الغصب، ولا حق للمغصوب في العين، فسقط الضمان.

وقال في الأصل: في الرجل يغصب الخمر وهي لرجل مسلم، فيستهلكها، قال: لا ضمان عليه؛ وذلك لأن الخمر ليست بمال للمسلم، ولا قيمة لها في حقه، ومن أتلف ما ليس بمتقوم لم يضمن.

قال: فإن جعلها خلاً، فلربها أن يأخذها، وهذا على ما بيّنّا.

قلت: وكذلك لو غصبه جلد ميتة، فدبغه، فلرب الجلد أن يأخذه، وهذا على التفصيل الذي قدمناه.

قال: فإن غصبه عصيرًا فصار خمرًا، والمغصوب مسلم، فله أن يضمنه قيمة العصير ولا يتعرض للخمر، فإن وجد العصير وقد صار خلاً، فله أن يضمنه قيمته ولا يتعرض للخل، فإن شاء أخذ الخل ولم يضمنه قيمة العصير.

ولم يذكر في هذا الموضع أنه يرد ما زاد الدباغ، وهو قولهم جميعًا، وإنما أراد أن الدباغ لا يمنع صاحب الجلد من أخذه.

فأما العصير إذا غصبها، فهي عين مال له قيمة، فإذا صارت خمرًا فقد هلكت في يد المسلم، فله أن يضمنه القيمة، وإنما ذكر القيمة في الأصل؛ لأنه (وضع الأمر على أنهما تخاصما بعد)[2] حين العصير.

---

(١) في ج (قبضها).

(٢) سقطت من ج.

فأما إذا قدر على عصير، فإنه يضمنه مثله، وأما إذا صار خلاً، فهي مال المسلم، إلا أن الصفة قد تغيرت؛ لأن العصير ينتفع به ما لا ينتفع بالخل، فكان المغصوب منه بالخيار: إن شاء أخذها مع نقصانها، وإن شاء أخذ مثل عصيره.

وقال في رجل مسلم غصب رجلاً مسلمًا خمرًا، فجعلها خلاً، ثم استهلكها، قال: عليه خل مثله؛ وذلك لأنه لما جعلها خلاً، كان لصاحبها أخذها على ما قدمنا: أنها استحالت مالاً على غير ملكه من غير زيادة مال من جهة الغاصب، فإذا استهلكها الغاصب ضمن مثلها، كما لو[1] لم يتقدم الغصب.

قال: فإن غصبه جلد ميتة، فدبغه ثم استهلكه، فلا شيء عليه.

قلت: من أين اختلفا؟ قال: من قِبَلِ أنه يأخذ الخل ولا يغرم شيئًا، ولو وجد الجلد مدبوغًا أخذه وغرم ما زاد الدباغ فيه.

(وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الغاصب قيمة الجلد مدبوغًا، ويعطي صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه)[2][3].

قال: وكذلك قال في الجامع الصغير، وهذا على وجهين: إن دبغه بما لا قيمة له، فهلك عنده بعد الدباغ، فلا ضمان عليه؛ لأن الدباغ ليس باستهلاك منه، ولو ضمن لضمن بالغصب، ولا قيمة له عند الغصب[4].

وإن استهلكه ضمن في قولهم؛ لأن الجلد صار مالاً، وهو على حكم ملك

---

(١) في ج (إذ لم).

(٢) سقطت من ج.

(٣) انظر: الأصل ١٢/١٤٠، ١٤١.

(٤) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد)، ص ٥٣٧.




صاحبه، فإذا أتلفه الغاصب، ضمن قيمته بالإتلاف، كما لو ابتدأ ذلك من غير غصب متقدم.

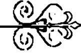
فأما إذا دبغه بمَا لَه قيمة، فهلك عنده، فلا ضمان عليه في قولهم؛ لأن الدباغ ليس بإتلاف من الغاصب، فيتعلق به الضمان، والغصب المتقدم لا يتعلق به ضمان لأجل الجلد[1].

وأما إذا استهلكه، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة؛ وذلك لأنه لا يخلو: إما أن يضمن قيمته مدبوغًا، أو غير مدبوغ، ولا يجوز تضمينه غير مدبوغ؛ لأن الجلد غير متقوم في ذلك الوقت، فلا يجوز تضمينه مدبوغًا؛ لأن الدباغ مال للغاصب، لو لم يكن حين استهلك الجلد لم يضمن، فلا يجوز أن يضمنه لأجل ماله، فلم يبق إلا سقوط الضمان.

وأما هما قالا: يضمن قيمته مدبوغًا، ويأخذ ما زاد الدباغ فيه؛ وذلك لأنه أتلفه، وهو مال لمالكه، ألا ترىٰ أنه كان له أخذه، والإتلاف سببٌ للضمان، فكأنه ابتدأ إتلافه من غير غصب، ويغرم المغصوب ما زاد الدباغ فيه؛ لأن ذلك قد سلم له حين أخذ عوضه، فكأنه أخذ الجلد قبل الاستهلاك.



(١) في ج (لأن الجلد لا قيمة له).

بَابُ
الضمانِ بالخَلْطِ



قال ابن سماعة في نوادره: في رجلين أودَعَ كل واحد منهما رجلاً ألف درهم، فخلط المُودَعُ المالين جميعًا، فاختلطا، قال: [٣١٦/ب] أبو حنيفة: لا سبيل لهما على أخذ هذه الدراهم، ولهما على المودع مثلها.

وقال محمد: هما بالخيار: إن شاءا أخذا ألفين سوى هذين، وإن شاءا أخذا هذين الألفين فاقتسماها نصفين.

لأبي حنيفة: أن الخلط استهلاك، بدلالة أن للمالك حق التضمين مع بقاء العين، فلولا أنها في حكم المستهلك، لم يثبت له حق الضمان، والاستهلاك يُسقط حق المالك؛ ولأنه معنى يمنع من وصول المالك إلى عين ملكه، فصار كالهلاك.

وجه قولهما: أن العين باقية، (وإنما دخلها نقص بالشركة)[1]، فالمالك بالخيار: إن شاء أخذها مع النقص، وإن شاء ضَمَّن الخالط.

وقال محمد: لا يَسَعُ المُودَع أخذ هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها، ألا ترى أنه لو غصب ألفين من رجلين، من كل واحد ألفًا، ثم خلط ذلك، لم يسعه أكل ذلك، ولا يحل له حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها، وهذا

(١) في ج (دَخلها بعض ما ليس له).

ظاهر علىٰ أصل محمد؛ لأن عنده أن حق المالك لم يسقط عنها، فلا يجوز للخالط التصرف في ملك غيره [عنده].

فأما علىٰ أصل أبي حنيفة: فقد زال ملك المالك عنها، فقوله: لا يحل له أكلها، إنما يعني به: لا يحل له أن يشتري بها ما يؤكل؛ لأن التصرف فيها ممنوع منه ما لم يؤد العوض.

فأما أكل ما اشترىٰ بها فهو حلال؛ لأنهم قالوا: فيمن غصب ألفًا فاشترىٰ بها ثوبًا، وسعه أن يلبسه؛ لأن الشراء[1] لم يقع بعينها، وإنما وقع بمثلها في ذمته.

وقالوا: ولو اشترىٰ بالدراهم المغصوبة دنانير، لم يحل له أن يتصرف في الدنانير؛ لأن الدراهم إذا استحقت وجب رد الدنانير [المغصوبة؛ لأن] بدلها لم يقبض في المجلس، فصارت كالمقبوضة ببيع فاسد، [فيمنع من التصرف فيها].

وقالوا: لو تزوج بها امرأة، وسعه أن يطأها؛ لأن العقد لم يقع علىٰ الدراهم.

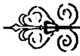
وقالوا: لو غصب ثوبًا فاشترىٰ به جاريةً لم يسعه أن يطأها حتىٰ يدفع قيمة الثوب إلىٰ صاحبه؛ لأن الثوب يتعين بالعقد، فإذا استحق رجع بائع الجارية فيها، فصار كالمقبوضة ببيع فاسد، فلا يحل وطؤها.

ولو تزوج بالثوب المغصوب، حل له وطء الزوجة؛ لأن الثوب لو استحق لم ينفسخ النكاح، ووجب عليه قيمته، فلم يمنع من الوطء.

وهذا يبين أنما عنىٰ بتحريم الأكل في مسألتنا: تحريم التصرف بها فيما يؤكل، فأما أكل العوض فمباح علىٰ أصلهم.

---

(١) في ج (لأن المشترىٰ).




قال: فإن أودعه [رجلٌ] شعيرًا، وأودعه آخر كُرَّ[1] حنطةٍ، فخلطهما، فهو ضامن من مثل الحنطة لصاحبها، ومثل الشعير لصاحبه، وهذا على الخلاف الذي قدمنا، عند أبي حنيفة: لا سبيل للمودعين على العين؛ لأن المودع ملكها بالخلط، وعلى قولهما: لهما حق التضمين للعيب الذي دخل في مالهما بالشركة، ولهما أن يأخذا العين.

فإذا باعاها أو سمّى [اقتسما] الثمن على قيمة الحنطة [غير] مخلوطة بالشعير، وعلى قيمة الشعير غير مخلوط [بالحنطة]؛ وذلك لأن اختلاط الحنطة بالشعير عيب فيها، وصاحبها إنما يستحق بدلها في الحال وهي [غير] معيبة، فيضرب بقيمتها على تلك الصفة، واختلاط الشعير بالحنطة يوجب زيادة فيه، وتلك الزيادة من ملك الغير، فلا يجوز لصاحب الشعير أن يضرب بها؛ فلذلك يضرب بشعير غير مختلط.

وقال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً خلط دراهمه بدراهم آخر، أو طعامه بطعام آخر، كان الخالط ضامنًا، وكان ذلك له.

وإن مات الغاصب وعليه دين، ضرب المغصوب في ذلك مع غرماء الغاصب؛ وذلك لأن ملك المغصوب زال عنده عن العين، وانتقل إلى ذمة الغاصب، فصار في العين كسائر الغرماء.

وهذا على ما قدمنا في مسألة الحنطة إذا طحنها: أنه ليس لصاحبها حق الحبس.

---

(١) «الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وجمعه أكرار، قال الأزهري: الكُرُّ: ستون قفيزًا، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، قال: فالكر على هذا الحساب: اثنا عشر وسقًا، وكل وسق ستون صاعًا». المغرب (كرر).

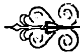
وقال الحسن في إثر حكايته عن أبي حنيفة: لو أنَّ رجلاً جاء بماء فصبّه في دهن لرجل، أو زيت، أو سمن، فنقصه ذلك من جودته، وزاد في كيله، كان لصاحبه أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء؛ وذلك لأن الدهن المختلط بالماء لا مثل له، فيغرم مثله، فإذا لم يكن له مثلٌ غرم قيمته، ولا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء؛ لأنه لم يكن منه غصب متقدم للخلط، فيضمن مثله في تلك الحال.

قال: فإن اغتصبه إياه وهو زيت أو سمن، وصب الغاصب فيه ماء وهو في يده، كان لصاحبه أن يضمنه كيلاً مثل كيله، ولم يكن له أن يضمنه القيمة؛ لأنه قد تقدم منه على الخلط سبب يتعلق به الضمان، وهو الغصب، فاستند الضمان إليه، وهو في تلك الحال له مثل، فيضمن مثل كيله.

قال: ولو أن رجلاً غصب من رجل كُرًّا من طعام، فأفسده فصب الماء فيه، وزاد في كيله، فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصبّ فيه الماء، وليس له أن يضمنه طعامًا مثله، وهذا كله على قياس قول أبي يوسف، وبه نأخذ، ووجهه ما ذكرناه في الزيت.

وقال الحسن: قال أبو يوسف: لو أن رجلاً غصب رجلاً كُرَّ طعام، فخلطه بطعام له قليل أو كثير، ثم احترق ذلك الطعام، فعلى الغاصب طعام مثله، وإن كان قائمًا بعينه وقد خلطه بطعام، كان صاحب الطعام بالخيار: إن شاء أخذ قيمته [مثله] الطعام الذي اغتصبه، وإن شاء كان شريكًا معه في ذلك الطعام [بقدر][1] طعامه، كان طعامه الغالب أو طعام الغاصب، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة.

(١) في أ (مثل) والمثبت من ج.




والأول أثبت عندنا: وهو أنه لا سبيل له علىٰ المختلط، وهذه رواية أخرىٰ عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ومحمد.

وأما إذا أخلط، ثم احترق، فقد دخل في ضمانه بالخلط في قولهم، فإذا هلك، كان عليه مثله.

وقال الحسن: لو أن رجلاً جاء بكُرّ حنطة، فصبّه علىٰ طعام رجل، وهو مثله في الكيل والجودة، كان شريكًا معه في ذلك الطعام بقدر طعامه.

فإن سُرِقَ الطعام، لم يكن لواحد منهما علىٰ صاحبه ضمان؛ وذلك لأنه لا يجعله مستهلكًا بالخلط في هذه الرواية، ولم يجعله غاصبها؛ لأن النقل لم يوجد، فإذا هلك لم يضمن.

قال: وإن كان صَبَّ الكُرَّ علىٰ قفيز[1] من حنطة، ثم سُرق الطعام، فإن أبا يوسف قال: يضمن الذي صب الكر مثل القفيز. وفيها قول آخر: أنه شريك بقدر طعامه.

وإن سرق الطعام، لم يكن لواحد منهما علىٰ صاحبه ضمان؛ وذلك لأنه إذا صَبَّ كُرًّا علىٰ قفيز، فالقليل تابع للكثير ومستهلك فيه، فدخل في ضمانه.

والحسن يقول: إن الجنس لا يصير مستهلكًا في جنسه، ولم يوجد النقل [٣١٧/أ]، [فلم يُضمن مال]، فإن صَب قفيزًا علىٰ كرّ، لم يضمن وإن سُرقَ في

---

(١) «القفيز: مكيال، وهو ثمانية مكاكيك، والجمع: أقفزة وقفزان». المصباح (قفز). والقفيز الشرعي = ١٢ صاعًا، وهو يساوي عند الحنفية ٤٠،٣٤٤ لترًا = ٣٩١٣٨ غرامًا من القمح. وعند غيرهم = ٣٢،٩٧٦ لترًا = ٢٦٠٦٤ غرامًا». معجم لغة الفقهاء (قفز).

القولين؛ لأن الكثير لا يصير تابعًا للقليل، ولا مستهلكًا فيه.

قال: فإن صبّ رديئًا على جيّد فأفسده، فهو ضامن لكيل مثل الجيد، سُرق الطعام أو كان قائمًا؛ (وذلك لأنَّ خلط الرديء بالجيد يُوجب عيبًا فيه.

قال: فإن صب على رديءٍ جيدًا، كان شريكًا بقدر الذي صبَّ)[1]؛ لأن [خلط] الرديء لا يتعيب بخلط الجيد.

قال: وإن ضاع الطعام، فلا ضمان لواحد منهما على صاحبه.

وكذلك الزيت إذا صبه على زيت، أو غصب زيتًا من رجل فصَبَّه على زيت له، كان بمنزلة الطعام، وهذا كله على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر، وبه نأخذ.

وهذا إنما يعني به: على قياس قوله في وجوب الضمان.

فأما كيفيته: فإذا صب على الطعام الجيد الطعام الرديء، فيجب أن يضمنه قيمته؛ لأنه لا مثل للطعام المختلط.



(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.




بَابُ
اختلافِ الغاصبِ والمغصُوبِ



[قال أبو الحسن]: (قال ابن سماعة عن أبي يوسف)[1]: إذا اختلف الغاصب والمغصوب فيما غصب، أو في صفته، أو في قيمته، فالقول قول الغاصب في ذلك كله مع يمينه، ولا يصدق المغصوب أن يلزم الغاصب بدعواه أنهُ أخذ من يده شيئًا والغاصب يجحد ذلك؛ لأن الأصل براءة ذمة الغاصب، فالقول قوله في براءة ذمته، إلا أن يثبت غير ذلك؛ ولأن من في يده شيء فالظاهر أنه ملكه، فإذا ادّعاه غيره لم يقبل قوله إلا ببيّنة[2].

فإن قال المغصوب: غصبتني هذه الأمة التي في يدك، وقال الغاصب: بل غصبتك هذا العبد، أو قال: هذا الثوب، وقال الغاصب: هذا الثوب الآخر، فالقول قول الغاصب، وكذلك سائر الأعيان؛ وذلك لأن المدّعي يَدّعي غصب الجارية، وصاحب اليد ينكر، والأصل أن لا غصب، فالقول قول صاحب اليد، وقد اعترف صاحب اليد بالعبد للمدعي، فرد اعترافه، فسقط.

قال: وكذلك لو اختلفا في صفة[3] المغصوب، فقال: غصبتك هذا العبد وهو أعور، وقال المغصوب: غصبته صحيحًا، أو قال: غصبتك هذا الثوب وبه هذا الخرق، أو فيه هذا الأثر، وادعىٰ المغصوب أنه غصبه صحيحًا لا أثر به ولا

(١) ساقطة من ج.
(٢) انظر: الأصل ١٢/١٣٣.
(٣) في ج (صرفه).




خرق، فالقول قول الغاصب؛ وذلك لأنه لو أنكر الغصب كان القول قوله، فإذا اعترف بشيء دون شيء فالقول قوله؛ ولأنه يزعم أنه غصب عبدًا ناقصًا، والمغصوب يدّعي عليه غصب عبد كامل، فالأجزاء التي يختلفان فيها غير مغصوبة في الأصل حتىٰ يثبت غصبها.

قال: ولو أقر الغاصب في جميع هذه الوجوه بما ادّعىٰ المغصوب ثم قال: قد رددت ذلك [عليك][1]، أو رددت ما لزمني من الضمان، وقبضته، لم يصدق علىٰ ذلك، فالقول قول المغصوب أنه لم يقبض منه، ولم يرد عليه مع يمينه، إلا أن يقيم الغاصب البينة؛ وذلك لأن الغاصب اعترف بالضمان، وادعىٰ سقوطه، وذلك معنىٰ حادث، فلا يقبل قوله إلا ببينةٍ[2].

قال: ولو أَقَرَّ الغاصب أنه غصبه عبدًا صحيحًا، أو ثوبًا، وأن المغصوب جنىٰ عليه، وأحدث ذلك في العبد بفعله، فإنه لا يصدق، ويضمَّنُ ما نقص العبد أو الثوب بعد أن يحلف المغصوب[3] ما فعل ذلك؛ وذلك لأنه اعترف بالضمان للعبد الكامل، وادعىٰ البراءة من ضمان جزء منه يتناول الملك له، فهو كما لو ادّعىٰ أن المالك أخذ جميع العبد.

قال: فإن أقام الغاصب البيّنة أنه قد ردّه عليه، وأن [العيب][4] الذي في المغصوب أحدثه صاحبه فيه بعد غصبه، قُبلت بينته وبرئ من ذلك؛ لأنه ادّعىٰ البراءة من الضمان، وأقام البينة علىٰ ذلك، فتقبل بيّنته.

(١) في أ (عليه) والمثبت من ج.
(٢) انظر: الأصل ١٢/١٣٤.
(٣) في ج (يختلف المغصوب فيما هل ذلك).
(٤) في أ (الغصب) والمثبت من ج.

قال: ولو غصبه دابة، فأقام رَبُّ الدابة البينةَ أن الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه، وأقام الغاصب البينة أنه ردّها إليه، فالبينة بينة المغصوب، وعلى الغاصب القيمة، ولا يبرأ منها؛ وذلك لأنه لا تنافي بين البيّنتين؛ لأنه يجوز أن يكون[1] ردّ الدابة ثم ركبها الغاصب فتلفت، فيكون ذلك غصبًا مبتدأً، فإذا لم تتنافى البينتان، وجب الضمان.

قال: وكذلك لو شهدت شهود رب الدابة أن الغاصب قتلها، وشهدت شهود الغاصب أنه قد ردّها إليه، فعلى الغاصب القيمة، وهذه رواية الأصل، وقد بيّنا وجهها[2].

وقال في موضع آخر من الأصل: أرأيت الرجل يغصب الدابة، فيقيم صاحبها البينة أنه غصبه[3] إياها، وأنها نفقت عنده، قال: فلا ضمان عليه، وهذا غير مخالف للأول؛ لأنهم لم يشهدوا أنها نفقت عند الغاصب من عمله حتى تكون الشهادة بغصب مبتدأ، وإنما شهدوا على مجرد الموت، ولم يعلموا بالرد، وشهود الرد عرفوا معنى حادثًا، فشهادتهم أولى.

قال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً غصب رجلاً عبدًا، فشهدت شهود الغاصب أن رب العبد قبضه منه، فمات عنده، وشهدت شهود المغصوب أن العبد مات عند الغاصب، كان الغاصب ضامنًا للقيمة، لا تبرئه منه البينة على دفع العبد.

وهذا مخالف لما في الأصل، ووجهه: أن شهادةَ شهود المغصوب بموته

---

(١) في ج (رب الدابة ركبها).
(٢) انظر: الأصل ١٤٥/١٢.
(٣) في ج (أنّه ردّها إليه).




في يد الغاصب شهادةٌ بثبوت يده عليه بعد الرد، وكأنهم شهدوا بغصبٍ مبتدأٍ. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه يجوز أن يكون عرفوا الغصب والموت، فاستصحبوا يد الغاصب حين لم يعرفوا الردَّ، فقالوا: مات عنده، فالرجوع إلىٰ من أثبت الرد أولىٰ.

قال أبو يوسف: ألا ترىٰ أن شهود المغصوب لو شهدوا أن فلانًا غصب هذا العبد من فلان، فمات عنده، وشهدت شهود الغاصب أن العبد مات في يد مولاه قبل الغصب، لم ينتفع بهذه الشهادة، وكان الغاصب ضامنًا له؛ وذلك لأن الشهادة علىٰ موت العبد في يد مولاه لا يتعلق بها حكم، فسقطت؛ لأن الشهود عرفوا يد المولىٰ والموت، ولم يعرفوا الغصب، فشهدوا أنه مات في يد المولىٰ، فشهادة من عرف الغصب أولىٰ.

وقال أبو يوسف [٣١٧/ب]: أرأيت لو شهد شهود المغصوب أن الغاصب غصبَ يومَ النحر بالكوفة، وشهدت شهود الغاصب أنه كان يوم النحر بمكة، أو العبد شهد علىٰ أحدهما، يعني: علىٰ أحد هذين المعنيين، وأثبتوا، لم تكن هذه الشهادة في البراءة باطلاً، والضمان للغاصب لازم؛ وذلك لأن شهادة شهود الغاصب بكونه يوم النحر بمكة، لا يتعلق بها حكم، فسقطت، وتعلق الضمان بالأخرىٰ.

وقال محمد في الإملاء: إذا أقام المغصوب البينة أنه مات في يد الغاصب، وأقام الغاصب البينة أنه مات في يد المغصوب، فالبينة بينة الغاصب؛ وذلك لأنه قد أقرَّ بالغصب، والموت عنده لا يتعلق به الضمان، وإنما يتعلق بالغصب، فلا معنىٰ لإقامة البينة علىٰ الموت، ألا ترىٰ أن قيمته لو زادت بعد الغصب لم

يضمنها بالموت، وإذا سقط إقامة البينة على الموت في يد الغاصب؛ لأنها لا تفيد إلا ما أفاده إقراره بالغصب، بقيت بينة الغاصب على موت العبد في يد مولاه، فبرئ من الضمان، وهذا مثل رواية الأصل[1].



(١) انظر: الأصل ١٢/١٢٥، ١٢٦.

بَابُ
الرجلِ يغصبُ الشيءَ في بلدٍ فيطالَبُ به في غيرِه



قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف رحمه الله قال: في رجل غصب عبداً فذهب به إلىٰ أفريقية[1]، فلقيه المغصوب، فخاصمه، فهو بالخيار: إن شاء أخذ عبده بعينه، وإن شاء أخذ قيمة عبده في الموضع الذي غصبه [منه].

وكذلك إن كان نُورة، أو جِصًّا، أو شيئًا مما يكون عليه مثله، فهو بالخيار: إن شاء أخذ متاعه بعينه، وإن شاء مثله في الموضع الذي غصبه إياه.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن من غصب شيئًا في بلد، وطولب [به] في بلد آخر، فهو علىٰ وجهين: إما أن يكون الغصب في جنس الأثمان، أو في غيرها، فإن غصبه دراهم أو دنانير في بلد، فالتقيا في بلد آخر، فطالبه بها، فعليه تسليمها إليه، وليس لصاحبها أن يطلب قيمتها وإن اختلف سعرها؛ لأن الدراهم والدنانير هي الأثمان في كل مكان، ولا تختلف باختلاف الأماكن، والمطالبة بها في مكان الغصب وفي غيره سواء.

فإن شاء المغصوب أخذها، وإن شاء أخّر المطالبة؛ لأنها حق له.

وأما إذا كان الغصب في غير الأثمان، فالتقيا في بلد آخر، فإن كانت العين المغصوبة قائمة في يد الغاصب وقيمتها في هذا المكان مثل قيمتها في مكان

---

(١) في ج (أرمينية).

الغصب أو أكثر، فللمغصوب أخذها، وليس له أن يطالب بقيمتها؛ لأن الغاصب أزال يده عن العين، وفوّت مقدار قيمتها من ملكه، والقيمة متساوية، فإذا ردها عليه في هذا المكان، فلم يفوت شيئًا من ملكه؛ فلذلك لم يكن له إلا العين.

فأما إن كان سعرها في هذا المكان أقل من سعرها في مكان الغصب، [فالمغصوب بالخيار: إن شاء طالب بقيمتها في مكان الغصب]، وإن شاء أخذها، وإن شاء انتظر حتىٰ يأخذها في البلد الذي غصب فيه؛ وذلك لأن الغاصب فوّت عليه بالغصب مقدارًا من ماله، لا يعود برد العين إليه، فكان له أن يعدل إلىٰ قيمتها، كما لو دخلها عيب، وله أن يأخذها؛ لأنه يُسقط حقه من النقصان، وله أن ينتظر؛ لأن المطالبة ثبتت لحقه، فإذا أخذها جاز.

ولا يقال: إن العين إذا كانت باقيةً، فتفاوُتُ الأسواق في البلاد كنقصان[1] السعر في البلد الذي غصب فيه، ولو وجدها في ذلك البلد، لم يكن له إلا العين وإن نقص سعرها، فكذلك هذا؛ وذلك لأنها إذا وجدت في المصر الذي غصبت فيه وقد نقص سعرها، فنقصان السعر لا يعود إلىٰ فعل الغاصب، ولا يتعلق بالعين.

وأما في مسألتنا، فتفاوت السعر حصل بسبب من جهة الغاصب، وهو نقلها من بلد إلىٰ بلد، ولو تركها في البلد الأول لم ينقص حق صاحبها؛ فلذلك ثبت للمغصوب الخيار.

وأما إذا كانت العين هالكة، فلا يخلو: إما أن يكون سعرها في المكان الذي

(١) في ج (كيف كان البيع).




التقيا كسعرها في المكان الذي غصب، أو أكثر، أو أقل، فإن كان قيمتها أقل من قيمتها في مكان الغصب، كمن غصب تمرًا ببغداد واختصما بالبصرة، فالمغصوب بالخيار: إن شاء أخذ تمرًا مثله، وإن شاء أخذ قيمة التمر ببغداد يوم غصبه.

وإن شاء انتظر حتىٰ يأخذه ببغداد؛ [وذلك] لأن التمر يختلف بين البلدين لأجل الحمل والمؤنة، وقد فوّت عليه الغاصب التمر، وهو زائد القيمة، فلم يكن له أن يدفع إليه تمرًا ناقص القيمة لمعنىٰ يتعلق بفعله، ولا يجوز أن يلزم المغصوب التأخير إلىٰ بغداد؛ لأنه يستضر بذلك، فلم يبق إلا القيمة، وليس يمتنع في المكيلات والموزونات أن يعدل إلىٰ القيمة، إذا لم يتمكن من استيفاء الحق إلا بها، كما يعدل في قيمة إذا لم يتمكن من استيفاء الحق إلا بها، كما يعدل في قيمة القلب من جنسه إلىٰ غير جنسه؛ لأنا لا نقدر علىٰ استيفاء قيمة الصياغة إلا بذلك.

وللمغصوب أن يؤخر المطالبة حتىٰ يستوفي الثمن ببغداد؛ لأن له حقًا في المثل، حتىٰ يعيد الغاصب يده علىٰ الوجه الذي أزالها.

وأما إذا كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر من القيمة في مكان الغصب، كمن غصب تمرًا بالبصرة، فاختصما ببغداد، فالغاصب بالخيار: إن شاء أعطىٰ تمرًا [مثله]، وإن شاء أعطىٰ قيمته بالبصرة؛ لأنه يستضر بدفع المثل ببغداد مع تفاوت قيمته، ولم يثبت للمالك حق إلا في الاستيفاء بالبصرة، فوجب أن يعدل إلىٰ القيمة بالبصرة حتىٰ لا يضر بواحد منهما.

فإن اختار الغاصب دفع المثل، فقد التزم أكثر مما عليه، فجاز.

وإن اختار المغصوب تأخير المطالبة إلىٰ البصرة فله ذلك ؛ لأن له حقًا في المطالبة بالعين ، ولا يمكن ذلك ببغداد ، فكان له الصبر حتىٰ يستوفي في نفس ما تعلق حقه به .

وأما إذا كانت قيمته في مكان الخصومة كقيمته في مكان الغصب ، فللمغصوب أن يطالب بالمثل ؛ لأنه لا ضرر في ذلك علىٰ الغاصب ، فكأنه طالبه به في المكان الذي غصبه [فيه ، ومسائل الباب تترتب علىٰ الأقسام التي ذكرنا] .



بَابُ
ما يكونُ قبضًا للغصبِ



[٣١٨/أ] قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا غصب الرجل شيئًا، ثم إن المغصوب أحدث في الشيء الغصب حدثًا، أو فعل فيه أو به فعلاً، لو كان فعله في ملك غيره صار به غاصبًا ضامنًا، فإن المغصوب إذا فعل مثل ذلك في الغصب، كان قابضًا [له]، وبرئ الغاصب منه، مثل أن يكون الغصب عبدًا فيستخدمه المغصوب، أو ثوبًا فيلبسه المغصوب، أو دابةً فيركبها، فإنه قد صار بذلك قابضًا للغصب، وبرئ الغاصب منه؛ وذلك لأن الفعل الذي يصير به غاصبًا يوجب ثبوت يده على العين، وثبوت يد المالك على العين المغصوبة يوجب سقوط ضمان الغاصب لزوال يده عنه، ألا ترى أن من نازع رجلاً في دابة وهو راكبها، أو في ثوب هو لابسه، أو في عبد يستخدمه، كان القول قوله، فدل على أن هذه المعاني يد وتصرف، فتُسْقِط ضمان الغصب.

قال: وسواء عَرف [ذلك][1] المغصوب منه أو لم يعرف؛ لأن تصرفه يوجب سقوط الضمان، وذلك لا يختلف بالعلم والجهل، كالبراءة.

ولأنه لو تصرف في ملك غيره وهو لا يعلم صار غاصبًا، فكذلك إذا تصرف في ملك نفسه وهو لا يعلم، صار قابضًا.

قال: ولا يكون الغاصب غاصبًا له بالغصب الأول [أبدًا]، إلا أن يحدث

(١) في أ (دليل) والمثبت من ج.

غصبًا مستقلاً ؛ وذلك لما بيّنا أن تصرف المالك أسقط ضمان الغصب ، فلا يعود إلا بعود سببه .

قال: وكذلك لو كان الغصب طعامًا ، فأكله المغصوب وهو يعرفه أو لا يعرف ، أو أطعمه إياه الغاصب ، أو كان ثوبًا فلبسه المغصوب ، أو ألبسه إياه الغاصب ، وهو يعرفه أو لا يعرفه ، فقد برئ منه الغاصب ؛ وذلك لأنه إذا أكله ، فقد ثبتت يده عليه عند الأكل ، وثبوت اليد يبرئ الغاصب من الضمان .

فأما إذا أطعمه إياه ، سقط ضمانه عندنا ، وقال الشافعي: لا يسقط[١] .

لنا: أن الطعام قد سُلّم له في الأكل ، فلو رجع على الغاصب ببدله لسلم له العوض والمعوض فيما يصح تملكه بالمعاوضات ، وذلك لا يصح .

قال: ولو أن المغصوب أخذ العبد من الغاصب ليخدمه ، أو الثوب ليلبسه ، أو الدابة ليركبها ، فقبل الغاصب الإجارة ، فإن الغاصب بريء من ضمان العبد حتى تجب عليه الأجرة بالإجارة ، وذلك مع قبض ما وقعت عليه الإجارة ؛ وذلك لأن الأجرة إذا وجبت انتفى ضمان الغصب ؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان[٢] .

وقد قالوا: في الغاصب إذا استأجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له حائطًا معلومًا ، سقط [ضمان] الغصب حين يبتدئ بالبناء ؛ لأن الأجرة لا تجب بالتخلية ، وإنما تجب بالعمل ، وسقوط الضمان يتعلق بوجوب الأجرة .

---

(١) انظر: الأم ص٦٢٣ .

(٢) انظر: الأصل ٢/٢٣١ .




فأما في الاستخدام، فوجوب الأجرة يحصل مع وجود التخلية في أول المدة المعقود عليها، فإذا حصل ذلك، وجبت الأجرة، فسقط الضمان.

ولهذا قال أبو الحسن: إن الضمان يسقط مع قبض ما وقعت عليه الإجارة، ومعلوم أن العبد في يد الغاصب، فهو له قابض، إلا أنه قد [يعقد على مدة][1] في المستقبل، فلا يكون القبض قبض الإجارة حتى تأتي المدة.

وتحمل المسألة على أنه استأجرها في الحال، إلا أن الدار ليست بحضرتها، فلا يبرأ من ضمان الغصب حتى يسكنها أو يتمكن من سكناها، فترك ذلك مع القدرة.

وقد قالوا: في المغصوب إذا زوج جارية الغصب من الغاصب، برئ من ضمانها في الحال في قول أبي يوسف؛ لأنها صارت بنفسه بالتزويج، ولم يبرأ في قياس قول أبي حنيفة.

وهذا فرع على اختلافهم في البيع: أنه هل يصير قابضًا بالتزويج أم لا؟

قال: ولو كان المغصوب استأجر الغاصب حتى يُعَلِّم العبد الخَبْز أو الكتابة، فذلك جائز، وهو في يد الغاصب على ضمانه، لا يبرئ من الضمان باستئجاره، فإن هلك في يده بعد ذلك، وقد أخذ في تعليمة أو لم يأخذ[2]، ضمن قيمته.

وكذلك لو كان الغصب ثوبًا، فاستأجر صاحب الثوب الغاصب أن يفتله، فهو جائز، ولا يخرجه ذلك من الضمان، ولو ضاع عنده كان ضامنًا في قول من

(١) في أ (يفعله على هذه) والمثبت من ج.
(٢) في ج (أخذ في تعليمه أو لم يكن).

[لا](١) يضمّن الأجير المشترك، كذا روىٰ ابن سماعة عن محمد؛ وذلك لأن استئجار الغاصب علىٰ تعليم العبد وفتل الثوب لا يقتضي ثبوت يده عليه؛ لأنه قد يُوقع العمل فيه وهو في يد المولىٰ وداره، فلم يبرأ بذلك من الضمان.

وليس كذلك إذا استأجر الدابة ليركبها؛ لأن العقد يقتضي تسليم الدابة إليه لتجب الأجرة بالتسليم؛ ولأنه استؤجر في مسألتنا علىٰ إيقاع فعل في العين، وذلك لا يوجب زوال يد الغاصب، فبقي حكمها في الضمان.

وأما في مسألة الدابة، فإنه عقد له علىٰ الركوب، وذلك لا يكون إلا بزوال يد الغاصب، وتجديد الإجارة يسقط الضمان.

فأما قوله في الثوب إذا هلك عنده أنه ضامن له في قول من لا يضمن الأجير المشترك: فصحيح؛ لأن من لا يضمن الأجير يتصور علىٰ مذهبه بقاء الضمان بالغصب؛ إذا لو ارتفع ضمان الغصب لم يضمن بالإجارة.

فأما علىٰ قول من ضَمَّن الأجير المشترك، فلا يتصور زوال يد الغاصب إلا أن يكون هناك حريق غالبٌ، أو لصوص غالبون، وإلا فالشيء مضمون علىٰ الأجير كما هو مضمون علىٰ [تبيين] الغاصب؛ فلذلك بنىٰ أنه مضمون علىٰ قول من لا يضمن الأجير.

قال: ولو أن رجلاً في يده كُرّان، اغتصبه رجلٌ أحدَهما فذهب به، أو سرقه رجل، ثم إن المغصوب أودع الغاصب أو السارق الذي سرق الكرّ الباقي في يده، فعمد السارق إلىٰ كر الوديعة أو الغاصبُ فخلطه بالكرّ الغصب، ثم ضاع

(١) في أ (يضمن) والمثبت من ج.

ذلك كله، فإنه يضمن مثل الكرّ الذي غصب، ولا يضمن الكر الوديعة من قبل الخلط؛ [وذلك] لأن خلطه مال الإنسان بماله لا يوجب ضمانًا على الخالط إذا كانا على صفة واحدة؛ لأن المعنى الموجب للضمان عند أبي حنيفة: أن المالك لا يتوصل إلى عين ماله، وعلى قولهما: المعنى الموجب هو العيب الحاصل بالشركة، وذلك لا يوجد في ملك الإنسان، فلم يجب الضمان بالخلط، فيبقى أحد الكُرَّيْنِ أمانة، والآخر مضمونًا.

فإذا هلكا، فحكمهما بعد الخلط كحكمهما إذا هلكا قبله.

قال محمد: وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم وديعة في كيس، فأخذ منها خمسمائة، فذهب، ثم ردها بعد أيام، فوضعها في الكيس الذي أخذها منه [٣١٨/ب] فضاعت، فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذ، ولا يبرأ منها بردها من قِبَلِ أنه لا يكون رادًا لها إلا بدفعها إلى صاحبها، ولا يضمن بالخلط شيئًا.

أما ضمان الخمسمائة التي أخذها، فيجب أن يكون محمولاً على أنه أخرجها من المصر، فصارت في ضمانه على الرواية التي قالوا: ليس للمودع أن يسافر.

فأما إذا أخذها بنية الغصب، لم يكن ضامنًا لها؛ لأنه يملك بالأخذ والنقل، ومجرد النية لا يتعلق به ضمان.

فإذا صارت مضمونةً [عليه بالوجه][1] الذي ذكرنا، لم يبرأ من ضمانها إلا بردها على المالك أو على من قام مقامه، فإذا خلطها لم يضمن الباقي بالخلط؛

(١) في أ (على الوجه).

لأنه مال واحد على ما قدمناه.

وهذه مسألة مُشْكِلة؛ لأنها تخالف أصلين مشهورين، أحدهما: أن الوديعة بنية الغصب لا يتعلق به الضمان، فإن حملت المسألة على أنه أخرج المال من المصر في إحدى الروايات، فقد ترك أصلاً آخر؛ لأن المودع إذا تعدى ثم أزال التعدي برئ من الضمان.

وقد قال: إنه يضمن الخمسمائة وإن رَدَّها، فالأولى أن يحمل المسألة على أنه أخذ الخمسمائة، فطولب بها، فجحدها، فصار ضامنًا، والجاحد لا يبرأ إلا بالرد على المالك، فإذا خلطها لم يضمن الباقي؛ لأنهما لمالك واحد، وضمن المجحود خاصة[1].



(١) انظر: الأصل ١٢/١٤٤.

بَابُ
غصب الصبي والمدبرِ والمكاتبِ وأم الولد



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قال بِشر عن أبي يوسف: في رجل غصب صبيًّا حرًّا من أهله، فمرض في يديه، فإن أبا حنيفة قال: لا ضمان عليه، فإن لم يمرض ولم يمت ولكنه عقره سَبُعٌ فقتله، أو نهشته حيّة فمات، فإن علىٰ عاقلة الغاصب الدِّيَة.

[قال الشيخ]: وجملة هذا إن الحر لا يضمن بالغصب صغيرًا كان أو كبيرًا؛ لأن ضمان الغصب يقتضي التمليك، والحر لا يصح فيه التمليك؛ ولأنه ضمان يتعلق بالقبض كضمان البيع الفاسد، ويضمن بالجناية؛ لأن الجناية إتلاف.

وإذا ثبت هذا، فمتىٰ مات الصبي بسبب لا يختلف باختلاف الأماكن، فلا ضمان علىٰ الغاصب لما بيّنا أنه لا يضمنه باليد، وإن مات بسبب يختلف باختلاف الأماكن، فالضمان علىٰ عاقلته؛ لأن الصبي لا يقدر علىٰ حفظ نفسه، فلما حمله إلىٰ هذا المكان، فقد قربه من سبب الجناية، فكأنه ألقىٰ عليه الحيّة، فالضمان علىٰ عاقلته؛ لأنه من ضمان الأسباب كحفر البئر.

قال: ولو قتل الصبي رجلاً خطأً في يد الغاصب، فإن للأولياء أن يتبعوا أيهما شاؤوا: فإن شاؤوا اتبعوا الغاصب بالدية، وإن شاؤوا القاتل؛ (وذلك لأن القتل يختلف باختلاف الأماكن؛ لأن الصبي لو كان في أهله دفعوا عنه القاتل، فقد ثبت للأولياء الضمان من وجهين علىٰ عاقلة الغاصب لتقريبه الصبي من سبب

التلف، وعلىٰ عاقلة القاتل)[1] بمباشرته القتل، فكان لهم الخيار في المطالبة.

فإن قيل: إن الغاصب إذا كان كفاعلي السبب، سقط ضمانه مع المباشرة، وصار كالممسك، والقاتل، وكحافر البئر، ومن دفع أخذ فيها؛ وذلك لأن الغاصب وإن كان كفاعلي السبب، فإن المباشرة التي حصلت من القاتل كأنها منه، ألا ترىٰ أنه قرب إليها، فكأنه أخذ السيف وألقاه عليه.

قال: فإن اتبعوا الغاصب رجع علىٰ القاتل؛ وذلك لأنهم أقاموه مقام أنفسهم فيما كان لهم من الضمان، فإن اتبعوا القاتل، لم يرجع علىٰ الغاصب؛ لأن حاصل الضمان عليه.

قال: وكل هذا الضمان علىٰ العاقلة؛ لأنه ضمان جناية.

قال: ولو أن الصبي قتل نفسه، أو وقع في بئر، أو وقع عليه حائط فمات، فالغاصب ضامن، وعلىٰ عاقلته الدية؛ لأن هذا يختلف باختلاف المواضع.

فأما قتله لنفسه: ففيه خلاف، وقد ذكره في آخر الباب.

قال: وللغاصب أن يرجع علىٰ صاحب الحائط إن كان تقدم إليه، وعلىٰ[2] عاقلته الدية؛ وذلك لأن حاصل الضمان علىٰ صاحب الحائط؛ لأنه كالدافع له عليه.

قال: ولو قتله رجل عمدًا، كان أولياء الصبي بالخيار: إن شاؤوا اتبعوا القاتل عمدًا فقتلوه، وبرئ الغاصب، وإن شاؤوا [تركوه] واتبعوا الغاصب بالدية

(١) ساقطة من ج.
(٢) في ج هنا (رجع عاقلته علىٰ عاقلته).




على عاقلته، ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدًا، ولا يكون لهم القصاص؛ وذلك لأن الغاصب قرّب له إلى القتل عمدًا، فثبت عليه الضمان بتقريبه، وثبت القصاص على القاتل بقتله، فللأولياء الخيار.

فإن ضَمَّنُوا الغاصب، رجع بالدية في مال القاتل؛ لأنه قام مقام الأولياء في الضمان، ولا يجوز أن يثبت له القصاص؛ لأنه ليس بولي للصبي؛ ولأن الدية وجبت بالقتل، ويستحيل أن يجب به القصاص، وصار استحقاق الدية على الغاصب شبهة في القصاص، فانتقل في مال القاتل، ويقام الغاصب مقام الأولياء في استيفائه.

قال: ولو أن الصبي قَتَل في يد الغاصب رجلاً، فرده على أبيه، وضمن عاقلة الصبي دية الرجل، لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء؛ وذلك لأن الصبي لا يضمن باليد، فلا يضمن جنايته، وإنما يضمن الغاصب الجناية عليه، ولم يوجد ذلك.

قال أبو يوسف: وكان ينبغي في القياس أن لا يضمن الغاصب الصبي الصغير على حال من الحالات؛ لأنه ليس بمال، إلا أن يقتله، إنما ضمناه بالاستحسان؛ لأنه يفتح أن يغصب الرجل صبيًا صغيرًا فيقتل عنده، أو يصيبه أثر[1] دابةٍ أصابته أو بئرٍ سقط فيها، أو غرق في يده، ثم أبرأه من ضمانه.

فكأنه بنى أن القياس ينفي الضمان، وإنما استحسن في تضمينه ما كان جناية على الصبي، فأما جانب الصبي فعلى أصل القياس.

(١) في ج (آفة).

قال: ولو قتل الصبي نفسه يضمنه الغاصب، كلُّ شيءٍ أتىٰ علىٰ نفسه بوجه من الوجوه، أو علىٰ بصره، أو يده، أو رجله: فالغاصب ضامن له ما خلا الموت، أو أمر ينزل به من السماء ليس فعل الناس، فإن هذا لا يضمنه الغاصب.

قال: وإذا قتل الصبي نفسه، فضمنه الغاصبُ [٣١٩/أ] لم يرجع الغاصب علىٰ عاقلة الصبي، وكذلك لو أركبه دابة فألقىٰ نفسه منها.

قال ابن سماعة: وسمعتُ محمدًا يقول في الصبي إذا قتل نفسه، أو طرح نفسه من الدابة، قال: لا ضمان عليه.

لأبي يوسف: أن قتله لنفسه يمكن أهله حفظه منه، فكان من ضمان الغاصب، كقتل الغير له؛ [ولأنه لما ضمن الجناية عليه، ضمن جنايته علىٰ نفسه كالعبد.

وجه قول محمد]: ولأنه لو ضمن جنايته علىٰ نفسه، ضمن جنايته علىٰ غيره، كالعبد، فلما لم يضمن جناية الصبي علىٰ غيره، كذلك علىٰ نفسه.

فأما قول أبي يوسف: أن الغاصب لا يرجع علىٰ عاقلة الصبي بما غرم؛ فلأن الصبي لا يثبت حكم جنايته علىٰ نفسه، وإذا لم يتعلق بذلك حكم الضمان، لم يجب علىٰ العاقلة.

قال: ولو غصب رجل رجلاً مدبرًا له، فمات المدبّر في يد الغاصب، ضمن قيمته في قول أصحابنا جميعًا، وهو في ضمان الغاصب بمنزلة ضمان العبد؛ وذلك لأن المدبر لرقبته قيمة؛ بدليل أنه يسعىٰ لحق الغرماء ولحق الورثة، فصار كالعبد.




قال: فإن غصب أم الولد، فماتت في يده، لم يضمنها في قول أبي حنيفة إذا ماتت ميتة نفسها.

قال محمد: قال أبو حنيفة: أم الولد ليست بمال؛ لأنها لا تباع في دين بعد موت مولاها، وأنها حرة من جميع المال.

قال محمد: فإن غصبها غاصب، فماتت في يده ببعض ما وصفت لك أنه يضمن في الصبي الحر، فإن قياس قول أبي حنيفة: أن الغاصب يغرم قيمتها حالّة في ماله، وذلك قولنا وقول أبي يوسف؛ لأن أبا حنيفة كان يضمن الصبي الحر، وليس بمال، فأم الولد أحق أن تضمن؛ لأنها أقرب إلى أن تكون مالاً من الصبي الحر، وهذا كله قول أبي حنيفة وقياسه، وهو قول أبي يوسف وقولنا، يعني في ضمان الصبي.

فأما أم الولد، فهي عندهما بمنزلة الأمة، تضمن كما تضمن الأمة التي ليست بأم ولد في الغصب.

أما ضمان أم الولد بالغصب، فقد بيّناه في البيوع، وقد ذكرنا وجه قول أبي حنيفة أن المولى لا يملك منها إلا المنافع؛ بدلالة أنها لا تسعى بعد موتهِ بحال، والمنافع إذا تلفت لا قيمة لها.

وجه قولهما: أن حق الحرية ثبت لها كالمدبرة، فضمانه ضمان الغاصب[1].

فأما قياس محمد لأم الولد على الصبي الحر، وقوله: إنها تضمن بما يضمن به الصبي. فليس بصحيح؛ لأن الصبي يضمن؛ لأنه لا يقدر على حفظ نفسه،

(١) في ج بدل هذه العبارة: (وذلك لا يمنع ضمان الغصب).

وهذا لا يوجد في أم الولد.

(وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل غصب رجلاً أم ولد، أو مكاتبًا، أو مدبرًا، فمات عنده، قال: على الغاصب قيمة ذلك، وهذا صحيح على أصل أبي يوسف: أن حق الحرية لا ينافي ضمان الغصب.

قال: ولو باعه أم ولد، أو مدبرة، أو مكاتبة، فماتت في يد المشتري، فإنه يضمن قيمة المدبر ولا يضمن قيمة المكاتب ولا أم الولد، وهذا قول أبي حنيفة)[1].

وقال ابن سماعة: وروي عن أبي يوسف أنه قال في ذلك كله: يضمن.

وقال ابن سماعة في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في رجل غصب أم ولد رجل، فماتت في يده، قال: لا ضمان عليه، وإن غصب مدبرةً فماتت في يده، فهو ضامن لقيمتها.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن في أم الولد كما يضمن في المدبرة.

وعن أبي حنيفة: في رجل باع أم ولد له أو مدبرة له رجلاً، فماتت في يد المشتري، قال: لا ضمان عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن قيمتهما جميعًا في الغصب والبيع، أما الغصب، فقد بيناه.

وأما [مسألة] البيع، فوجهه ما ذكره أبو الحسن: أن ضمان البيع الفاسد

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.

ضمان الغصب ، والمدبرة تضمن بالغصب ، وأم الولد لا تضمن ، فكذلك البيع .

وأما وجه ما ذكره في الجامع الصغير ؛ فلأن المقبوض في البيع الفاسد لا يضمن باليد فحسب ، وإنما يضمن بالتسليط على الملك ، والتسليط[1] يحصل بالقبض ، [وكذلك] التسليط إنما يحصل فيما يملك بالعقود .

فأما ما لا يملك فلا يتعلق به الضمان ، كما قالوا فيمن اشترى بميتة أو دم وقَبَضَ ، فإنه لا يضمن إذا هلك ؛ لأنه ليس في مقابلته بدل ، فلم يوجد تسليط على ملك ؛ ولأن الغصب يضمن به ما لا يضمن بالعقود ، فيجوز أن يضمن المدبرة بالغصب وإن لم يضمن بالعقد ، وأما المكاتب ؛ فلأنه في يد نفسه ، فلا يضمن باليد كالحر[2] .



(١) في ج (لا يحصل) .

(٢) انظر: الأصل ٦/٤٤٤ ، ٥١٣ .

بَابُ
يجمعُ مسائلَ مختلفةً أغفلها أبو الحسن رحمه الله تعالى



قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: إذا غصب الرجل عينًا من الأعيان، فعيَّبها، وادّعى هلاكها، فإنه يحبس حتى يمضي من الزمان مدة لو كانت في يده لأظهرها؛ وذلك لأن حق المالك متعلق بالعين، فإذا ادّعى هلاكها والظاهر بقاؤها، فيريد أن يسقط حقه من العين وينقله إلى القيمة، فلا يصدق، وإذا لم يقبل قوله في هلاكها، فقد منع من رد مُستحق مع القدرة، فيحبس، فإذا تصادقا على هلاكها، أو قامت بيّنة بذلك، أو مضى من الزمان مدّة لو كانت باقية لأظهرها، (قضي بالقيمة؛ لأن العين تعذر ردها، ولا مثل لها، فوجبت قيمتها.

فإن اختلفا في القيمة فقول)[1] الغاصب، وعلى المغصوب البينة؛ وذلك لأن الغاصب هو الذي يلزمه الضمان، فالقول قوله في مقداره.

وإن قضي عليه بالقيمة ببيّنة أقامها المدعي أو بنكول الغاصب، ثم ظهرت العين، فلا سبيل لصاحبها عليها؛ لأن الضمان من أسباب التمليك عندنا، فقد ملكها بالضمان، ورضي المغصوب بالقيمة التي [ادَّعاها][2]، ألا ترى أن [المالك][3] يقضى عليه بدعوى المدعي.

(١) ما بين القوسين سقطت من ج.

(٢) في أ (أداها) والمثبت من ج.

(٣) في أ (الباذل) والمثبت من ج.




وأما إذا قضي عليه بقوله، ثم ظهرت العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب أو أقل، فلا سبيل لصاحبها عليه؛ لأنه استوفى البدل، ولم يظهر فيه زيادة.

وأما إذا كانت القيمةُ أكثر مما قال الغاصب، فللمغصوب الخيار؛ وذلك لأنه لم يستوف بدل العين[1] الذي ادّعاه، ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل، فكان له الخيار.

وكان أبو بكر الرازي يقول: إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا تجوز أن تكون مما تحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور.

فأما إن كانت مما تجوز أن تحدث، وادعى الغاصب أنها حدثت، وادعى المغصوب أنها كانت، فالقول قول الغاصب؛ لأن التمليك قد صَحَّ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصبُ، فلا يفسخ التمليك بالشك.

قال [٣١٩/ب] أبو بكر: وهذا الذي يقتضيه قياس قولهم عندي، ولا رواية عنهم.

ومن أصحابنا من قال: إنه لا رواية في العين إذا ظهرت وقيمتها مثل ما قال الغاصب، هل يثبت للمالك خيار أم لا؟ وهو موضع محتمل.

وقد قال محمد في الغصب ما يدل على أنه يثبت له الخيار؛ لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة: لأن المالك لم يستوف ما ادعاه من القيمة، وهذا يدل على أن القيمة وإن كانت تامة، فالخيار ثابت له؛ لأنه لم يستوف ما قال من القيمة.

(١) في ج (الغصب).

ووجه ذلك: أن المغصوب كالمُكْرَه على نقل حقه من العين إلى بدل لم يرض به، والمكره يثبت له الخيار في الفسخ.

وذكر أبو يوسف في الإملاء ما يدل على أنه لا خيار له؛ لأنه قال في تعليل مسألة نقصان القيمة: لأن المالك لم يستوف القيمة بكمالها، وهذا (يدل على أنه إذا استوفى، لا خيار له.

والوجه في ذلك: أن المالك رضي)[١] بالقيمة حين طالب بها، ومطالبتها بمقدار قيمة العين صحيحة، ومطالبته بما زاد عليها لا تصح، فكأنه طالب بمقدار قيمة العين، وسلم له ذلك، فلا يثبت له خيار.

قال أصحابنا: إذا استهلك المسلم خمرًا على ذمي، ضمن قيمتها، وكذلك الخنزير، وقال الشافعي: لا يضمن[٢].

لنا: ما روي أن عمر بن الخطاب كتب إلى عامله: اقتلوا الخنازير واحتسبوا لأربابها من الجزية، ذكر أبو عبيد في كتاب الأموال: وهذا بحضرة من الصحابة من غير خلاف.

ولأن الخمر شراب لهم، فإذا أتلفه متلف، ضمنه كسائر شرابهم.

وقد قالوا فيمن أتلف صليبًا على نصراني: ضمن قيمته صليبًا؛ لأنا أقررناهم على هذا الصنيع، فصار كالخمر التي أقررناهم عليها.

وقد قال أصحابنا: إن الذمي يمنع من كل ما يمنع منه المسلم، إلا شرب

---

(١) ساقطة من ج.
(٢) انظر: مختصر المزني ص١١٩؛ المنهاج ص٢٩٢؛ رحمة الأمة ص١٤٤.




الخمر وأكل الخنزير؛ لأنا استثنيناه بالأمان.

قال: ولو غنّوا وضربوا بالعيدان، منعناهم من ذلك كما نمنع المسلمين؛ لأنه لم يُستثن بعقد الأمان.

قال: ولو أتلف ذمي على ذمي خمرًا، ثم أسلم المغصوب، ثم الغاصب، أو أسلما معًا، سقطت الخمر؛ (وذلك لأن المطالبة ببدلها بعد الإسلام يقتضي تمليكها، والمسلم لا يجوز له أن يتملك الخمر)[1] ولا يملكها.

وإذا سقطت المطالبة بسبب من جهة صاحب الحق، سقط الحق كما تسقط بالبراءة.

وأما إذا أسلم الغاصب وحده، أو أسلم الغاصب ثم أسلم المغصوب، سقطت الخمر في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف.

وروى زفر ومحمد وعافية عن أبي حنيفة: أنها لا تسقط، وهو قول محمد وزفر.

وجه رواية أبي يوسف: أن الخمر سقطت المطالبة بها بالإسلام، فصار كإسلام المغصوب؛ ولأن تضمين المغصوب المسلم قيمة الخمر يقتضي تملكيها منه، ألا ترى أن الغصب أوجب الضمان بشرط التمليك، والمسلم لا يجوز أن يتملك الخمر.

ولا يقال: فهلا ضمنتموه وإن لم يملك كما لو غصبها وهو مسلم؛ لأن غصب المسلم أوجب الضمان على وجه لا يتعلق به التمليك، وغصب الذمي

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.

أوجب الضمان علىٰ وجه يتعلق به التمليك، ألا ترىٰ أن الخمر كانت في ذمته إلىٰ حين أسلم، وإنما يُسقطها عن ذمته بالقيمة، وذلك لا يجوز.

ولا يلزم علىٰ هذا، إذا تزوج ذمي ذمية علىٰ خمر، ثم أسلما؛ لأن الإسلام أوجب سقوط التسمية، والبدل يجب عن البضع لا عن الخمر، فلم يكن في ذلك تمليك الخمر.

وجه رواية محمد: أن الخمر كانت في ذمة الغاصب، فتعذر تسليمها بإسلامه، فكأنه استهلكها في ذلك الوقت، فيغرم قيمتها.

٢٤١٥ - [فَصل: تأجيل الغاصب المغصوب شهرًا]

قال أصحابنا: إذا غصب ألفًا، فأجّله المغصوب بها شهرًا، جاز، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قولهم: أنه دين في الذمة لا يجب قبضه في المجلس، ولا وجب علىٰ طريق التبرع، فجاز تأجيله كالأثمان.

وجه قول زفر: أنه مضمون من غير بدل مشروط كالقرض.

وعلىٰ هذا قال أصحابنا: إذا استهلك قُلْبًا[1]، فضَمَّنه الحاكم قيمته، جاز أن يفترقا قبل القبض، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قولهم: أنه دين لم يجب بعقد، فلا يعتبر فيه القبض في المجلس

(١) والقُلْب: من النخلة: قَلبُها وهو جُمّارها، والسِّوار يكون نظماً واحداً، وقيل: «في يدها قُلْب فضة: أي سِوار غير مَلويٍّ» وهو المقصود هنا. انظر: المغرب؛ المعجم الوسيط (قلب).

كبدل[1] المستهلك.

وجه قول زفر: أن القيمة عوض، وتمليك الذهب بالفضة من شرطه القبض في المجلس.

وقال أصحابنا: إذا أبرأ المغصوب الغاصب من ضمان العين، وهي قائمة في يده، سقط ضمانها، وقال زفر: لا يسقط.

لنا: أن الضمان ثابت في الذمة غير مستقر، ولو استقر بتلف العين [جازت][2] البراءة منه، فإذا لم يستقر أولىٰ.

وجه قول زفر: أن البراءة لا يتعلق بها حكم في الأعيان، فسقطت، فكأنه لم يبرئه.

٢٤١٦- [فَصْل: قول الغاصب: غصبنا منك ألفًا ونحن عشرة]

قال أبو يوسف: إذا قال رجل لرجل: غصبنا منك ألفًا، [ثم قال]: كنا عشرة، لم يصدق، وقال زفر: يُصدّق.

لأبي يوسف: أن لفظ الجمع يُعبّر به عن الواحد علىٰ طريق التعظيم، فكأنه قال: غصبت؛ ولأن هذا اللفظ إنما يَصِحُّ حمله علىٰ الجماعة إذا عرفهم، فإذا لم يعرفهم كان لغوًا، وحمل اللفظ علىٰ الصحة أولىٰ من حمله علىٰ اللغو.

وجه قول زفر: أن لفظ الجمع في الحقيقة يتناول الجماعة، وإنما يحمل علىٰ الواحد علىٰ وجه المجاز، فكان القول قول من يدّعي الحقيقة.

(١) في ج (لبذل).
(٢) في أ (وصارت) والمثبت من ج.

٢٤١٧ - [فَصْل: ضمان منافع العين المغصوبة]

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: منافع العين المغصوبة لا تضمن بالغصب، وقال الشافعي: تضمن(١).

لنا: إجماع الصحابة: وهو أنَّ عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، قضيا في المغدور بوجوب العُقْر، وقيمة الولد، ولم يقضيا بقيمة منافع الجارية، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف؛ ولأنها منافع استوفاها من غير عقد ولا شبهة، فلا يلزمه بدلها، كالزنا بالحرة المطاوعة؛ ولأنها منفعة العين المغصوبة، فلا يضمن بالغصب كمنفعة بُضْعها.

٢٤١٨ - [فَصْل: الأجرة في تأخير المغصوب]

قال أصحابنا: إذا آجر الغاصب [أحدًا] العبد المغصوب، فالأجرة له، ويتصدق بها؛ لقوله ﷺ: «**الخراج بالضمان، والغلة بالضمان**»(٢)؛ لأنه انفرد بعقد الإجارة، فوجب أن تكون الأجرة له، أصله: الراهن إذا أجر الرهن.

٢٤١٩ - [فَصْل: الضمان بفتح قفص الطائر]

ذكر في الأصول: أن من فتح باب قفصٍ فطار منه الطائر، لم يضمن، وكذلك لو فتح باب الدار فهرب منه العبد، أو حَلَّ قيد الغريم فهرب [٣٢٠/أ].

---

(١) انظر: مختصر المزني ص١١٨؛ المنهاج ص٢٩٢؛ رحمة الأمة ص١٤٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)؛ الترمذي (١٢٨٥) وقال: حديث حسن صحيح»؛ والنسائي في الكبرى (٦٠٨١)؛ وابن ماجه (٢٢٤٣)؛ والحاكم في المستدرك ١٩/٢؛ وابن حبان في صحيحه ٢٩٩/١١ وغيرهم؛ وقال ابن الملقن: «رواه أبو داود بزيادة...، ثم قال: إسناده ليس بذاك، وقال ابن حزم: لا يصح». خلاصة البدر المنير ٦٧/٢.

وروي عن محمد أنه قال في دابة في مربط رجل، جاء إنسان ففتح الباب فذهبت الدابة، قال محمد: هو ضامن لها.

ولو حَلَّ رباطها رجل، وفتح آخرُ الباب: فالضمان على الذي فتح الباب.

وقال في العبد إذا حَلَّ قيده أو فتح الباب عليه حتى هرب: لم يضمن، إلا أن يكون العبد مجنونًا.

قال: وقال أبو حنيفة: لا ضمان في جميع ذلك، وقال الشافعي: إن طار من فوره ضمن، وإن طار[1] بعد ذلك، لم يضمن[2].

لنا: أنه سبب غير ملجئ، فإذا انضم إليه فعل الحيوان، لم يتعلق به ضمان، أصله: من حبس عبده وغلق عليه الباب، فجاء إنسان ففتح الباب.

وجه قول محمد: أن البهائم لا قصد لها، فإذا فتح الباب عليها فهو سبب للإتلاف، ولم ينضم إليه فعل من يتعلق بقصده حكم، فكان الضمان عليه.

فأما العبد، فله قصد واختيار، فيتعلق الحكم بفعله، ويسقط حكم السبب كما يسقط حكم المباشرة مع السبب.

وقد قال أصحابنا ـ فيمن حَلَّ رِباط الزيت ـ: فإن كان ذائبًا ضمن؛ لأنه لم يوجد هناك فعل من الحيوان، وإنما يقف الزيت برباط الزق، فإذا حَلَّ الرِّباط فهو كالدافع للزيت، فصار كمن نفّر طائرًا حتى طار.

ولو كان السمن جامدًا فحل الرباط فذاب السمن بالشمس وسال، لم يضمن؛

(١) في ج (وإن كان بعد مهلة).

(٢) انظر: مختصر المزني ص١١٨؛ المنهاج ص٢٩١؛ رحمة الأمة ص١٤٣.

لأنه ليس بدافع للسمن، وإنما تلف بفعل غيره، فلا يضمن كما لا يضمن بفتح القفص.

٢٤٢٠ - [فَصْل: الضمان في كسر البربط]

قال أبو حنيفة: إذا كسر رجل على رجل بَرْبَطاً(١)، ضمن قيمته خشبًا منحوتًا.

وقال في المنتقى عن أبي حنيفة: يضمن قيمته خشبًا ألواحًا(٢)، إنما الذي يحرم منه التأليف.

وقالا: لا ضمان عليه.

لأبي حنيفة: أنها عين أبيح الانتفاع بها من وجه، وحرم من وجه، فإذا أتلفها، ضمن قيمتها من الوجه الذي أبيح الانتفاع به، كمن أتلف جارية مغنية.

وجه قولهما: أنه مأمور بإتلافها، وروي عن النبي عليه السلام أنه قال: «**بُعثت بكسر المعازف وقتل الخنازير**»(٣)، فإذا فعل المأمور به، لم يضمن؛ ولأنها آلة معدة للمعاصي لا تستعمل في الغالب إلا فيها، فلم يضمنها بالإتلاف(٤) كالخمر.

٢٤٢١ - [فَصْل: بيع الغاصب المغصوب وإجازة المغتصب منه ذلك]

وقالوا: في رجل غصب من رجل شيئًا فباعه من آخر، فأجاز المغتصب منه

---

(١) «البَرْبَطُ: العود من آلات الموسيقى». المعجم الوسيط (بربط).

(٢) في ج (مختلفًا).

(٣) ورد بهذا النص في كتب الفقهاء الحنفية: البدائع ١٩٨/٢؛ وأخرج الطبراني عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله ﷻ بعثني رحمة للعالمين، وهدى للعالمين، وأمرني ربي بمحق المعازف...». المجمع الكبير، ١٩٦/٨؛ والإمام أحمد في المسند، ٢٦٨/٥.

(٤) في ج (إلا بالإتلاف) فقط.

[البيع]، ولا يعلم ما حال العين، فالبيع جائز في قول أبي يوسف الأول، (وهو قول محمد، إلا أن يعلمَ الهلاك قبل الإجازة، ثم رجع أبو يوسف ببغداد وقال: البيع فاسد)[1]، إلا أن يعلم أن العين قائمة في حال الإجازة.

وجه قول أبي يوسف الأول: أن الأصل بقاء العين، فالهلاك معنىً طارئ، فوجبَ الحكم ببقائها، إلا أن يثبت غير ذلك.

وجه قوله الأخير: أن البيع إنما يجوز بالإجازة، ومن شرطها بقاء العاقدين والمعقود عليه، فإذا لم يعلم بذلك، لم يجز العقد بالشك.

٢٤٢٢ - [فَصْل: الضمان في حرق باب منحوت بالتماثيل]

قال محمد: إذا أحرق الرجل بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة، ضمن قيمته غير منقوشٍ تماثيل، فإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل قبل ذلك، ضمن قيمته منقوشًا بشجر؛ وذلك لأن نقش التماثيل [على الباب] معصية، فلا يجوز أن يتقوم في الضمان كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية.

فإذا قطع رؤوس التماثيل، فذلك نقش غير ممنوع منه، فيقوَّم على الغاصب.

وقال فيمن أحرق بساطًا فيه تصاوير رجال ضمنته قيمته مصورًا؛ لأن التماثيل في البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ، وإذا لم تكن محرمةً، ضمنها.

وقال: فيمن هدم بيتًا مضورًا بالأصباغ [تماثيل]: ضمنته قيمة البيت

(١) ما بين القوسين ساقطة من ج.

وأصباغه غير [مصور][1]؛ لأن التماثيل في البيت منهي عنها.

وقال فيمن قتل جارية مغنية خطأً: ضمنته قيمتها غير مغنية إلا أن يكون الغناء ينقص قيمتها، فأضمنه على ذلك؛ لأن الغناء معصية لا يجوز أن يتقوم على الغاصب.

فإن كانت تنقص القيمة، فهو عيب، فيعتدّ به في حق الغاصب.

٢٤٢٣ - [فَصل: زرع الأرض من أحد الشريكين وإعطاء الأجر مثل نصف البذر]

وقالوا في أرض بين شريكين زرعها أحدهما، فنبت الزرع فتراضيا أن يعطي الذي لم يزرع للذي زرع مثل نصف البذر، ويكون الخارج بينهما، جاز؛ وذلك لأن بيع الحشيش بالحنطة جائز، وقد باعه نصف ذلك بنصف البذر، فإن كان البذر لم ينبت، لم يجز؛ لأنه لا يدري ما تلف منه تحت الأرض، فإذا ملكه بمثل كيله، لم توجد فيه المماثلة، فلم تصح.

قالوا: فإن نبت الزرع، فطالب الذي لم يزرع الأرض القلع، قسمت الأرض بينهما، ثم آمر الذي زرع أن يقلعَ ما في نصيب شريكه، ويغرم له نقصان الزراعة إن كانت نقصت؛ وذلك لأن الزرع حصل في نصيبه ونصيب شريكه، وزرعه في نصيب نفسه لا[2] يجوز أن يقلع، ولا يتميز ذلك إلا بالقسمة[3].



(١) في أ (مصبوغ) والمثبت من ج.

(٢) في ج (يجوز).

(٣) في ج (بالقيمة).

٢٤٢٤ - [فَصْل: يد الغاصب يد ضمان]

قال أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ: إذا غصب الرجل ثوبًا، فغصبه رجل من يَده ثم ردّه عليه، برئ؛ لأن الغاصب له يد صحيحة، ألا ترىٰ أنها يد ضمان، فجاز الرد عليه، كما يجوز علىٰ المالك.

فإذا أحرق هذا الثوب رجل في يد الغاصب، فدفع القيمة إلىٰ الغاصب، برئ في الرواية المشهورة، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يبرأ إلا أن يردها بحكم حاكم.

وينبغي للحاكم إذا علم ذلك أن لا يأمر بدفع القيمة إلىٰ الغاصب، ولكنه [يعيدها إلىٰ المالك](١).

[وجه قولهم المشهور: أن الغاصب له يد صحيحة، فصار كالمالك]؛ ولأنه لو ردَّ عليه العين برئ من الضمان، فكذلك إذا ردَّ عليه القيمة، كالمودع.

وجه قول أبي يوسف: أن المغصوب ثبت له حق في تضمين الغاصب وغاصب الغاصب، فلا يسقط حقه من ذلك إلا برضاه.

فأما إذا قضىٰ القاضي بالقيمة، فقد حصل حكمه في موضع يسوغ فيه الاجتهاد.

والذي قال أبو يوسف أن الحاكم إذا علم بالحال، لم يسعه القضاء، فوجهه: أن رد القيمة إلىٰ الغاصب تقرير للغصب، وتضييع للمال في حق مالكه، فكان الاحتياط عليه أولىٰ.

---

(١) في أ (يعد لها المالك) والمثبت من ج.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا باع الغاصب العبد وقبضه المشتري، فأعتقه، ثم أن المالك أجاز البيع، [جاز] عتق المشتري استحسانًا، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول محمد.

وجه قولهما: أن العتق فيه معنى القبض بدلالة أن المشتري إذا أعتق العبد في يد البائع، صار قابضًا، والقبض من حقوق العقد [٣٢٠/ب]، فإذا أُجيز العقد جاز بحقوقه، فنفذ العتق.

ولا يلزم على هذا، إذا باع عبدًا وشرط الخيار لنفسه، فقبضه المشتري فأعتقه، ثم أجاز [البائع] البيع، لم يجز العتق في قولهم؛ لأن الإجازة في بيع الخيار إنما هي إسقاط حق الفسخ، ولم تصح الإجازة؛ لأن الخيار شرط للفسخ، فإذا أجاز البائع، فإنما أسقط حق فسخه، ونحن قلنا: إن إجازة العقد تقتضي جوازه بحقوقه، فلا يلزم ما وضع لإسقاط الفسخ.

والفرق بينهما من طريق المعنى: أن البائع إنما شرط الخيار لنفسه ليمنع من تصرف المشتري، فلو وقف تصرف المشتري، كان ذلك [منه][(١)] ما قصده البائع بالخيار.

فأمّا في مسألتنا، فلم يوجد من المالك شرط منع به من تصرف المشتري؛ فلذلك جاز أن ينفذ عند الإجازة؛ ولأن عتق المشتري وجد بعد تمام سبب الملك، ألا ترى أن سبب الملك هو الإيجاب والقبول المطلق، وقد وُجد ذلك، وإنما وقف البيع على إجازة أحدهما[(٢)]، فإذا أجاز [نفذ][(٣)] العتق، كالمشتري

(١) في أ (ضد) والمثبت من ج.
(٢) في ج (غيرهما).
(٣) في أ (بعد) والمثبت من ج.




من الراهن إذا أعتق ثم أجاز المرتهن البيع، والمشتري من الورثة وعلىٰ الميت دين مستغرق إذا أعتق، ثم أبرأ الغرماء من الدين، أو قضاه الورثة.

والدليل علىٰ الإيجاب والقبول المطلق بسبب الملك: أن غاصبًا لو غصب قُلبًا، وغصب آخر إناءً، فتبايعا وتقابضا وافترقا، ثم أجاز المالكان، جاز عقد الصرف، لوجود التقابض بعد الإيجاب والقبول المطلق، ولو لم يكن ذلك بسبب الملك، لم يعتد بالتقابض قبل الإجازة.

ولا يلزم إذا باع بشرط الخيار، فأعتق المشتري؛ لأن العتق وجد قبل تمام سبب الملك، ألا ترىٰ أن الإيجاب والقبول لم يوجد مطلقًا، (ولا يلزم المشتري من المكره إذا أعتق ثم أجاز المكره؛ لأنا قلنا: إن سبب الملك هو الإيجاب والقبول المطلق وُجد، وإنما وقف العقد علىٰ إجازة الثالث.

وفي مسألة الإكراه، إنما وقف العقد لحق العاقد، فهو كمسألة شرط الخيار)[1].

ولا يلزم علىٰ هذا: إذا مات الرجل وخلف ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، فأقرَّ الورثة أنه أوصىٰ بأحدهم بعينه لرجل، وسلَّموه إليه، ثم ادعىٰ رجل آخر أنه أوصىٰ له بعبد من الباقين، وأقام البينة، وقضىٰ القاضي بها، فأعتق المقر له العبد، واسترجعه الورثة منه، ثم عاد العبد المشهود بالوصية له إلىٰ ملكهم بشراء أو ميراث، نفذت الوصية في العبد المقر به، ولم ينفذ العتق؛ وذلك لأن القاضي لما قضىٰ بالوصية لأحد العبدين الباقيين، فقد فسخ سبب الملك، فلم يوجد

(١) ما بين القوسين ذكر في ج بعد صفحة تقريبًا، والظاهر أن ذكرها هنا أولىٰ.

العتق بعد سبب الملك التام.

ولأن حق الفسخ هاهنا ثابت للورثة، فلم يقف التمليك علىٰ إجازة غير المتعاقدين؛ إذ الورثة قاموا مقام الميت.

ولا يلزم علىٰ هذا: إذا أوصىٰ رجل لرجل بأحد عبدين بغير عينه، فأعتق الموصىٰ له بعد موت الموصي أحد العبدين بعينه، واختار الورثة تغيير الوصية فيه، لم ينفذ العتق؛ لأن هذه المسألة ذكرها في الجامع الكبير وأطلق الجواب.

ومن أصحابنا من قال: إنه قول محمد خاصة.

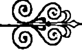
ولأن العتق هاهنا لم يقف علىٰ إجازة الثالث، وإنما وقف علىٰ تعيين الورثة الذين يقومون مقام العاقد، فكأنه وقف علىٰ حق العاقد.

لمحمد: أن العتق وقف علىٰ إجازة المالك، والبيع وقف علىٰ إجازة المالك، ولو أجاز العتق بطل البيع، فكذلك إذا أجاز البيع، بطل العتق.

والجواب: أنه إذا أجاز العتق، فقد بطل الملك في العبد، وخرجت رقبته من أن تكون محلاً للبيع؛ فلذلك بطل البيع، وإذا أجاز البيع، فلم تخرج الرقبة من أن تكون محلاً للعتق؛ فلذلك جاز أن ينفذ العتق.

لمحمد: أن هذه الرقبة ينفذ فيها عتق المغصوب، فكل رقبة ينفذ فيها العتق من واحد، لا ينفذ فيها من غيره.

ولو قلنا: إن عتق المشتري ينفذ، لنفذ عتقه فيما ينفذ فيه عتق غيره.

فهذه المسألة تُعدّ من الآحاد لهذا المعنى، وهو القياس عندنا، وإنما استحسنا لما قدمنا[١].

تم كتاب الغصب

والله المحمود على كل حال، والصلاة على محمد وآله خير آل[٢]



(١) انظر: الأصل ١١٩/١٢ وما بعدها؛ متن القدوري ص ١٩٥ وما بعدها.

(٢) في ج (بحمد الله تعالى وحسن توفيقه).

[٦٢] كتابُ الدِّيَاتِ

قال أيده الله: الدية[١] عبارة عما يُودىٰ، فلما كان القتل يُوجب مالاً يدفع إلىٰ الأولياء، سمّي ذلك ديَةً، وقد خَصّوا بهذا الاسم ما يودىٰ في بدل النفس دون ما يُودىٰ في بدل المتلفات، ولم يسموا ما يجب فيها دون النفس ديةً، وإن كان يُودىٰ كما يُودىٰ بدل النفس؛ لأنهم [لا] يشتقون الاسم ولا يطَّردون علىٰ الاشتقاق قصداً منهم إلىٰ التعريف بالتخصيص، وقد سمىٰ الفقهاء هذا الكتاب: كتاب الديات، وإن كان يشتمل علىٰ القصاص والديات؛ لأنهم قصدوا أن يثبتوا أحكام الجنايات علىٰ الآدميين.

والأغلب فيما يتعلق بالجنايات الدِّيَة، والقصاص أقل، ألا ترىٰ أن الدية تجبُ في الخطأ وشبه العمد، ويجب في العمد علىٰ بعض الأحوال فلما غلب وجوبها، نسبوا الكتاب إلىٰ الدِّيَة.

وقد قال محمد: إن القتل علىٰ ثلاثة أوجه: عَمْد، وشِبْه عَمْد، وخَطَأ، ونقل أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ هذه العبارة، وكان الشيخ أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: القتل علىٰ خمسة أوجه: عمد، وشِبْهُ عَمْد، وخَطَأ، وما أُجري مجرىٰ الخطأ، ونوع ليس بعمد ولا خطأ ولا ما أجري مجرىٰ الخطأ.

---

(١) «والدية: مصدر وَدَىٰ القاتل المقتول، إذا أعطىٰ وليّه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال: الدية، تسمية بالمصدر». أنيس الفقهاء ص٢٩٢.

«والدية واحدة الديات، والهاء عوض من الواو، تقول: وديت القتيل أدِيه دِيَةً، إذا أعطيته ديته». الصحاح (ودىٰ).

أمّا القتل العمد: فهو أن يتعمد الضرب بسلاحٍ أو بما يجري مجرىٰ السلاح في تفريق الأجزاء، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: العمد، أن [يتعمد][1] الضرب بما يقتل في الغالب.

وقتل العمد يتعلق به أحكام، أولها: المأثم [٣٢١/أ]؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣]، وقال النبي ﷺ: «**إن أعتىٰ الناس علىٰ الله تعالىٰ ثلاثة: رجل قتل غير قاتله، ورجل قتل في الحرم، ورجل قتل بذَحْل[2] الجاهلية**»[3].

وروي عنه ﷺ أنه قال: «**ألا إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومي هذا في بلدي هذا في شهري هذا**»[4].

وروي أن مُحلّم بن جدامة قتل رجلاً بذَحْل الجاهلية، فقال ﷺ: «**اللهم لا ترحم محلمًا**» فدفن، فلفظتْه الأرض، ثم دفن، فلفظته، ثم دفن، فلفظته، فقال ﷺ: «**إنها لتتضايق علىٰ من هو أعظم جرمًا منه، ولكن أراد الله أن يبيّن لكم حرمةَ الدم**»[5]، وهذا معنىٰ يحرم بالعقول، وإنما ورد الشرع بتأكيد ما دل العقل عليه.

---

(١) في أ (يعمد) والمثبت من ج.

(٢) «الذَّحل: الثَّأر، أو طلب مكافأة بجناية جُنيت عليك، أو عداوةٍ أُتيت إليك». القاموس (ذحل).

(٣) أخرجه الهيثمي في موارد الظمآن، ٤١٥/١؛ الطبري في تهذيب الآثار، ٤٨/١؛ وأخرج نحوه البخاري في صحيحه كما في التلخيص الحبير، ٢٢/٤.

(٤) الحديث أخرجه البخاري بصيغة الخطاب (يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا...) (٥٢٣٠) ومواضع كثيرة؛ ومسلم (١٦٧٩).

(٥) الحديث أورده المطرزي في المغرب، والفيومي في المصباح (حلم).

والحكم الثاني: القَوَدُ، بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَانًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، والسلطان: القتل، بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وشرائع من قبلنا تلزمنا[١] إلا ما ثبت نسخه.

وقوله ﷺ: «**العَمْدُ قَوَد**»[٢]، معناه: حكم العمد القَوَدُ.

وقال ﷺ: «**كتاب الله القصاص**»[٣]، معناه: حكم الله، ولا خلاف في ذلك، وإنما اختلفوا في ثبوت المال بغير رضا القاتل.

فقال أصحابنا: موجَب القتل [إمَّا القَوَد وإمَّا الدِّية]، القود إلا أن يتراضيا بالعوض.

وقال الشافعي في أحد قوليه: موجَبه إمّا القتل وإمّا الدية[٤]، والخيارُ في ذلك إلىٰ الولي، وفي القول الآخر: إن الموجب القود [إلا أن للمولىٰ أن ينقله إلىٰ الدية بغير رضىٰ القاتل].

والدليل علىٰ أن موجَبه القود: قوله ﷺ: «**العمد قود**»؛ لأن القود قد صار في حكم المثل في المتلفات، وإتلاف ما لَه مثل لا يتعلق به إلا المثل.

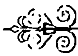
---

(١) في ج (لازمة لنا).

(٢) قال ابن حجر: «رواه الشافعي وأبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس في حديث طويل، واختلف في وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في العلل الإرسال، ورواه الطبراني من حديث عمرو بن حزم مرفوعًا وفي إسناده ضعف». التلخيص، ٢١/٤.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٥٦، ٤٢٣٠).

(٤) قال النووي: «مُوجَب العَمد القَوَد، والدِّيَة بدل عند سقوطه، وفي قولٍ أحدهما مُبْهمًا». انظر: مختصر المزني ص٢٣٨؛ المنهاج ص٤٨١؛ رحمة الأمة ص٢١٥.




ولأنه أحد نوعي القتل، فكان موجبه واحدًا، كالخطأ وشبه العمد.

وإذا ثبت أن موجب القتل القود، فالولي قادر على استيفاء حقه من جنسه بكماله، فلا يجوز أن يعدل إلى غيره، كالمثل في المتلفات؛ ولأنا بيّنا أن القصاص أجري مجرى المثل، والقادر على مثل حقه لا يجوز له أن يطالب بقيمته.

وأما إذا تراضيا بالدية، جاز، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، معناه: من بذل أخوه شيئًا فليقبله؛ لأن العفو عبارة عن الفضل، قال الله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ﴾ [البقرة: ٢١٩]، يعني: الفضل.

٢٤٢٥ - [فَصل: الكفارة في قتل العمد]

ولا كفارة في قتل العمد عندنا، وقال الشافعي: تجب به الكفارة(١).

لنا: أن الله تعالى ذكر قتل العمد وحكمه، والخطأ وحكمه، وبيّن الكفارة في أحدهما دون الآخر، ولو كانت واجبةً في العمد كوجوبها في الخطأ لبيّنها.

ولا يجوز أن يقال: إنه اكتفى بذكرها في الخطأ؛ لأن الله تعالى ذكر أنواع القتل الموجب للكفارة، وكرّر الكفارة في كل قتل: فذكر قتل المؤمن في دار الإسلام، والمعاهد والمسلم في دار الحرب، ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع عن بعض، فلو كانت واجبة في العمد لم يكتف بذكرها في الخطأ.

ولأنه سبب للقتل، فلا يتعلق به الكفارة، كزنا المحصن؛ ولأنه مال متعلق

---

(١) انظر: المنهاج ص٤٩٤؛ رحمة الأمة ص٢٢٦.




بقتل الخطأ، فلا يتعين وجوبه في قتل العمد كالدية.

٢٤٢٦ - [فَصل: آثار قتل العمد]

ويتعلق بقتل العمد حرمان الميراث؛ لقوله ﷺ: «**لا ميراث للقاتل**»(١)، وقال: «**ليس لقاتلٍ شيء**»(٢)، [وقال]: «**لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة**»(٣).

وأما شِبْه العَمْد: فهو عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح، ولا يجري مجرىٰ السلاح في تفريق الأجزاء.

وقال أبو يوسف ومحمد: أن يتعمد الضرب بآلة لا يقتل مثلها في الغالب، وهو قول الشافعي(٤).

لأبي حنيفة: قوله ﷺ: «**ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل**»(٥)، ولم يفصل بين العصا الصغير والكبير.

وفي حديث النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: «**كل شيء خطأ إلا السيف، وفي كل خطأ أرش**»(٦).

وعن علي رضوان الله عليه أنه قال في شبه العمد: الحذفة بالعصا، والقذفة بالحجر.

---

(١) «أخرجه الترمذي في الفرائض، وابن ماجه فيه» كما قاله الزيلعي في نصب الراية، ٤/٣٢٨.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٦٣٦٧)؛ وابن ماجه (٢٦٤٦)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٦/٢٢٠.

(٣) أورده ابن عبد البر في التمهيد برواية ابن سيرين عن عبيدة، ٢٣/٤٤٥.

(٤) انظر: مختصر المزني ص٢٣٨؛ المنهاج ص٤٦٨.

(٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ١٣/٣٦٤؛ والنسائي في الكبرىٰ (٦٩٩٩)؛ ابن ماجه (٢٦٢٧)؛ أحمد في المسند، ٢/١٦٤؛ الدراية، ٢/٢٦١.

(٦) أخرجه الإمام أحمد في المسند، ٤/٢٧٥؛ والدارقطني في سننه، ٣/١٠٧؛ نصب الراية، ٤/٣٤٤.




ولأنه قتل بما ليس بسلاح، فلا يجري مجرىٰ السلاح في تفريق الأجزاء، فصار كالعصا الصغيرة؛ ولأنها آلة لا يجوز الذكاة بها، فلا يجب القصاص بها كالسوط.

ولا يلزم إذا أحرقه بالنار؛ لأن النار تقع به الذكاة لو جعلت علىٰ موضع الذكاة، فتقطع الحلقوم، حل الأكل.

وجه قولهما: (ما روي أن يهوديا رضخ[١] رأس جارية من الأنصار بين حَجَرين، فرضخ النبي ﷺ رأسه)[٢]؛ ولأن القصد إلىٰ الضرب بآلة يقتل مثلها في الغالب يتعلق به القصاص، كالحديد.

٢٤٢٧ـ [فَصل: الاختلاف في أنواع القتل]

وقد قال مالك: إني لا أعرف في القتل إلا العمد، والخطأ، فأما شبه العمد فلا أعرفه[٣].

وهذا فاسد؛ لقوله ﷺ: **«ألا إن قتل الخطأ العمد قتيل السوط والعصا»**[٤]؛ ولأن الصحابة اتفقوا علىٰ تغليظ دية شبه العمد، وإن كانوا اختلفوا في كيفية التغليظ، فدل علىٰ أنه نوع غير الخطأ والعمد.

ولا يقال: إن الفعل إما أن يكون خطأ أو يكون عمدًا؛ لأنه يجوز أن يجتمع

---

(١) «الرضخ: الدق والكسر». النهاية (رضخ).

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٨٥)؛ ومسلم (١٦٧٢).

(٣) انظر: المعونة علىٰ مذهب أهل المدينة، ١٣٠٧/٣؛

(٤) الحديث أخرجه أبو داود والنسائي من حديث عبد الله بن عمر، وبآخره (... فيها مائة أربعون خلفة في بطونها أولادها) كما في التلخيص، ٢٢/٤؛ ومحمد في كتاب الآثار، ص ١٢١.

فيه الحُكمان ، ألا ترىٰ أنه يتعمد الضرب ويخطئ في طلب القتل ؛ لأنه لم يقصد القتل حين ضرب بآلة لا تقتل ، فكان ذلك عمدًا في القصد ، وخطأ في الآلة ، وهذا الاسم إنما عُرف[1] بالشريعة ، فأما أهل اللغة ، فلا يعرفونه.

ومن حكمه: المأثم ؛ لأنه تعمد الضرب ، وذلك يتعلق به المأثم ، ثم قصد القتل ، أو لم يقصد ، ولا يتعلق به القصاص ؛ لأن النبي ﷺ أوجب فيه الدية.

ولأنه لما حصل له حكم الخطأ من وجه ، وحكم العمد من وجه ، فكان ذلك شبهة في [سقوط][2] القصاص[3].

٢٤٢٨ - [فَصْل: الدية المغلظة في العمد]

وفيه الدية مغلظة ؛ لقوله ﷺ: «**فيه مائة من الإبل ، منها أربعون خلفة في بطونها أولادها**»[4].

وقد روي عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وزيد ، وأبي موسىٰ الأشعري ، والمغيرة بن شعبة تغليظ الدية ، وإن اختلفوا في كيفية التغليظ ، فصار ذلك ثابتًا بالإجماع.

والكلام في كيفية التغليظ تنبيه إن شاء الله تعالىٰ.



(١) في ج (هو في).

(٢) في أ (وجوب) والمثبت من ج.

(٣) انظر: الأصل ٥٤٧/٦.

(٤) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٧٠٠٢) ؛ والبيهقي في الكبرىٰ ، ٤٤/٨ ؛ الدارقطني في سننه ، ١٠٥/٣ ؛ وأبو يعلىٰ في مسنده ، ٤٣/١٠.

٢٤٢٩ ـ [فَصْل: وجوب الدية في مال القاتل أو العاقلة]

وهذه الدية تجب على العاقلة، [قال الشيخ]: وجملة هذا: أن كل دية تعلق وجوبها بالقتل، فإنها على العاقلة كدية الخطأ، وكل دية وجبت لمعنى حادث فإنها في مال القاتل، كما تجب بالصلح؛ ولهذا كان أبو الحسن يقول: إن من قتل ابنه عمدًا، فموجَب قتله القود، ثم يسقط إلى الدية؛ لأن القتل لو أوجب الدية لكانت على العاقلة.

والدليل على وجوب الدية على العاقلة: ما روي عن النبي ﷺ أنه جعل على كل بطن من الأنصار عقوله.

وروي في حديث المغيرة بن شعبة قال: كنت بين جاريتين، فضربت إحداهما الآخرى بمسطح خيمة، فقتلها وألقت جنينًا ميتًا، فقضى رسول الله ﷺ على عاقلة الضاربة بالغرّة[1] [٣٢١/ب]، فقام حمل بن مالك فقال: كيف نَدِي من لا أكل ولا شربَ ولا صاح واستهل، ومثل ذلك يُطل؟ وهذا يدل على أن القضاء وقع على العاقلة.

وقد قضى عمر بن الخطاب بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف[2].

وهذا لا خلاف فيه، إلا ما يحكى عن الأصَمّ أنه قال: لا تلزم العاقلة الدية؛

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك، ٦٦٦/٣؛ والشافعي في السنن المأثورة، ٤٢٥/١؛ والدارقطني في سننه، ١١٧/٣؛ والحديث أصله في مسلم (١٦٨٢).

(٢) فقال عمر ﷺ حين سمع الحديث: «الله أكبر، لو لم نسمع بهذا ما قضينا بغيره». المستدرك، ٦٦٦/٣.




لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الزمر: ٧]، وقال ﷺ لأبي زمعة لما دخل عليه زمعة ابنه: «**مَنْ هذا؟**»، فقال: ابني، قال: «**إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه**»[١]؛ ولأن قيم المتلفات لا تطالب به العاقلة، فكذلك بدل النفس.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، المراد به في أحكام الآخرة، بدلالة ما بيّنا من الأخبار.

وقوله ﷺ لأبي زمعة (**إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه**)، المراد به غير ظاهره؛ لأن كل واحد منهما يجني على الآخر.

وإذا ترك ظاهر اللفظ، لم يصح التعلق به إلا في موضع يدل عليه الدليل.

فأما القياس: [على] بدل المتلفات فلا يصح في معارضة النص والإجماع، والذي يدل من طريق العقل [على] حسن ذلك، أن الله تعالى أوجب حقوقًا [في] الأموال لمنفعة الغير: وهي الصدقات، فلا يمتنع أن يوجب هذا الحق في مال العاقلة لمنفعة القاتل؛ ولأن القاتل إنما كان يقتل [بنصرة][٢] عشيرته، فصاروا كالمشاركين له في القتل؛ ولأنه يتحمل عنهم إذا قتلوا، ويتحملون عنه إذا قتل، فيؤدي ذلك إلى التخفيف عن كل واحد منهم، وهذا غير ممتنع.

فأما المتلفات فإنها لا تكثر في العادة، فلا تحتاج إلى التخفيف، والدية مال كثير، يجحف بالقاتل؛ فلذلك احتاج إلى التخفيف[٣].

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك وصححه، ٢/٤٦١؛ وابن حبان في صحيحه، ١٣/٣٣٧؛ وأبو داود (٤٤٩٥)؛ وأحمد في المسند، ٢/٢٢٦.

(٢) في أ (بظهر) والمثبت من ج.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٤٧ وما بعدها.

٢٤٣٠ - [فَصْل: التغليظ في الدية من الإبل]

قال أصحابنا: إن التغليظ لا يكون إلا في الدِّية من الإبل دون غيرها؛ [وذلك] لأن القياس يمنع التغليظ؛ لأن عمد الإتلاف وخطأه في باب الغرم[١] سواء، وإنما تركوا القياس في الدية من الإبل، فغلظوها بالخبر، وما سواها على أصل القياس.

٢٤٣١ - [فَصْل: وجوب شبه العمد على العاقلة]

وإنما أوجبوا دية شبه العمد على العاقلة؛ لحديث المغيرة، ألا ترى أن المرأة [تعمدت][٢] الضرب، فأوجب النبي ﷺ الغُرَّة على العاقلة؛ ولأن هذا القتل أجري مجرى الخطأ في وجوب الدية، فكذلك في تحمل العاقلة.

٢٤٣٢ - [فَصْل: مدة دفع دية شبه العمد]

ويكون ذلك عليهم في ثلاث سنين، وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل، فأما إذا وجبت الدية بالصلح، فهي حالّة.

والأصل في التأجيل: أن عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف.

٢٤٣٣ - [فَصْل: الكفارة في شبه العمد]

وفي شبه العمد الكفارة؛ ولأن القاتل أحد قاتلين:

---

(١) في ج (الغرة).
والغُرَّة: «العبد والأمة، .. وكأنه عَبّر عن الجسم كله بالغُرَّة». مختار الصحاح (غرّ).
(٢) في أ (إذا عمدت) والمثبت من ج.

إما من أوجبها في كل قتل، أو من أوجبها في الخطأ أو شبه العمد، فصار وجوبها في شبه العمد بالإجماع.

وروي أنه ﷺ سئل عن رجل أوجب [يعني] النار بالقتل، فقال: «**أعتقوا عنه رقبة، يعتق الله بكل عضو منها عضوًا من النار**»[١]، والنار لا تجب إلا في شبه العمد، أو العمد؛ ولأن الكفارة موضوعة لتكفير المأثم، والخطأ لا مأثم فيه، فلا بد أن يكون في وجوبها في بعض المواضع مأثم، فوجوبها في الخطأ ملحق به، وليس ذلك الموضع إلا شبه العمد، [وهذا خلاف قول مالك].

٢٤٣٤ - [فَصْل: أثر قتل شبه العمد]

ويتعلق به حرمان الميراث؛ لأنه [تعمّد][٢] الضرب، فلا [يؤمَن] أن يكون [تعمد][٣] القتل.

٢٤٣٥ - [فَصْل: قتل الخطأ وما يترتب عليه من آثار]

وأما الخطأ فهو على ضربين: إما أن [يتعمّد][٤] الرمي إلى غرض أو صيد فيصيب آدميًا، أو يرمي شخصًا ظنه صيدًا فيرميه، فإذا هو آدمي، أو يظنه حربيًا فإذا هو مسلم، فأحد الأمرين خطأ في الفعل، والآخر خطأ في [القصد][٥]، ولا مأثم في واحد منهما؛ لقوله ﷺ: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان**»[٦]، وفيه

(١) أخرجه المزي في تهذيب الكمال، ٢٣/٩٨.

(٢) في أ (اعتمد) والمثبت من ج.

(٣) في أ (اعتمد) والمثبت من ج.

(٤) في أ (يعتمد) والمثبت من ج.

(٥) في أ (العمد) والمثبت من ج.

(٦) الحديث أخرجه ابن ماجه بلفظ (وضع) من حديث ابن عباس (٢٠٤٥)؛ والبيهقي في الكبرى،=

الكفارة بنص القرآن، (ولا قود فيه؛ لأن الله تعالىٰ ذكر الخطأ وحكمه، وهو الدية، ولم يذكر القصاص.

وفيه الدية بنص القرآن)[1]، قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]، والدية على العاقلة في ثلاث سنين لما قدمنا.

ويحرم الميراث؛ لقوله ﷺ: «**لا ميراث لقاتل**»، وهو عام؛ ولأنه لا يؤمن أن يكون قصد في الباطن وأظهر الخطأ.

٢٤٣٦ـ [فَصْل: بعض صور قتل الخطأ وآثاره]

فأما النوع الذي أجري مجرىٰ الخطأ: فهو النائم يتقلب[2] فيقع علىٰ إنسان فيقتله؛ لأن النائم لا قصد له، فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ، إلّا أنه كالخطأ في الأحكام؛ لأن المقتول مات بثقله، فهو كالميت بفعله، فيجب عليه الكفارة، وعلىٰ عاقلته الدية، ولا قود عليه؛ لأنه أدون من الخطأ، ويحرم الميراث؛ لأنه لا يؤمن أن يكون [تعمّد][3] ذلك في الباطن.

فأما النوع الخامس: فهو حافر البئر، وواضع الحَجَر؛ لأنه ليس بمتعمد

= ٤٨/٦؛ و«رواه الطبراني في الأوسط، وفيه محمد بن مصطفىٰ، وثقه أبو حاتم وغيره، وفيه كلام لا يضر، وبقية رجاله رجال الصحيح» كما في مجمع الزوائد، ٢٥٠/٦؛ وقال ابن حجر عن الحديث بلفظ (رفع) «لم أجده بهذا اللفظ» الدراية، ١٧٥/١.

(١) ساقطة من ج.

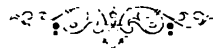
(٢) في ج (فهو النائم إذا انقلب فوقع).

(٣) في أ (اعتمد) والمثبت من ج.

للقتل، ولا مخطئ فيه، ألا ترىٰ أن القاتل من أوقع الفعل في المقتول، أو فيما يتصل به، وذلك غير موجود في الحافر، وإنما أوجبوا علىٰ عاقلته الدية؛ لأنه تعدىٰ في الحفر، ولا مأثم عليه بالموت، وإنما المأثم عليه بالحفر، [ولا كفارة عليه](١).

ولا يحرم الميراث عندنا؛ لأنه غير متهم، ألا ترىٰ أنه لم يعلم أن مورثه يقع [في البئر](٢)، والكلام في هذا يأتي في موضعه.

قال أبو الحسن: ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد، فما جعلناه شبه عمد في النفس، فهو عمد فيما دون النفس؛ وذلك لأن ما دون النفس لا يختص إتلافه بآلة دون آلة، وإنما اعتبرت الآلات في النفس؛ لأن القتل يقصد بآلة دون آلة، فلما استوت الآلات فيما دون النفس، اعتبر [تعمد](٣) الضرب، فكان عمدًا(٤).



(١) الزيادة من ج، وذكرت هنا بعد: (في موضعه)، فمناسبتها هنا.
(٢) في أ (عليه) والمثبت من ج.
(٣) في أ (اعتماد) والمثبت من ج.
(٤) انظر: الأصل ٥٤٧/٦ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص٤٤١.

بَابٌ

بابُ معرفةِ مقادير الدياتِ بالأَرْشِ[1] فيما دونَ النفسِ

قال أيده الله تعالىٰ: لا خلاف في تقدير الدية من الإبل بمائة، وإنما الخلاف في أسنانها، ونحن بذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالىٰ.

واتفقوا: في أن الدية من العين ألف دينار، إلا علىٰ بعض أقوال الشافعي الذي يقول فيه: إن ما سوىٰ الإبل يعتبر فيه القيمة.

فأما علىٰ القول الذي قال: إن الدية مقدرة فيما سوىٰ الإبل، قال: إنها من الدنانير [ألف][2] دينار[3].

(وقد دل علىٰ هذا ما روي عن النبي ﷺ قال: «**في النفس مائة من الإبل**»[4])[5]، وروي أنه جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار.

واختلفوا في الدية من الدراهم، فقال أصحابنا: هي مقدرة بعشرة آلاف وزن سبعة، وقال مالك والشافعي: اثنا عشر ألفًا[6].

---

(١) «الأَرْش: دية الجراحات، والجمع: أُرُوش». وهو ما وجب من المال في الجناية ما دون النفس. المغرب (أرش)؛ والمصطلحات الفقهية.

(٢) في ج (ألفا).

(٣) انظر: مختصر المزني ص٢٤٤؛ المنهاج ص٤٨٣.

(٤) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٧٠٦٠)؛ والشافعي في السنن المأثورة، ٤١٩/١؛ ومالك في الموطأ (١٥٤٧). انظر: التلخيص الحبير، ٢٣/٤.

(٥) ما بين القوسين ساقطة من ج.

(٦) انظر: مختصر المزني ص٢٤٤؛ الموطأ (١٦٠٢)؛ رحمة الأمة ص٢١٧؛ قوانين الأحكام=

لنا ما روىٰ دهثم بن قُران عن نمران بن جارية [٣٢٢/أ] قال: قطعت يد رجل علىٰ عهد رسول الله ﷺ، فقضىٰ عليه بخمسة آلاف.

وروىٰ محمد عن الشعبي، عن عبيدة السلماني، عن عمر رضي الله عنه **(أنه قضىٰ في الدية من الدراهم بعشرة آلاف، ومن الدنانير بألف دينار، ومن الإبل بمائة، ومن البقر بمائتين، ومن الشاة بألفي شاة، ومن الحلل بمائتي حلة)**[١]، ومعلوم أن القضاء لا يقع في وقت واحد بجميع هذه الأجناس، فعلم أنه أراد بقوله: قضىٰ، أي: بيّن مقادير الديّة؛ ولأنه بدل عن النفس، فلا يزيد علىٰ عشرة آلاف كدية الذمي.

وقد روىٰ محمد عن إبراهيم قال: كانت الدية مائة من الإبل، فجعل كل بعير عشرين ومائة درهم وزن ستة.

قال محمد: وإنما كانت الدية اثني عشر ألفًا وزن ستة.

واختلفوا فيما سوىٰ الإبل، هل هو أصل في الدية، أو قيمة الإبل، فكان أبو بكر الرازي يقول: إن الأصل هو الإبل، وما سواها قيمة لها، إلا أنها قيمة تقدرت بالشرع، فلا يزاد عليها ولا ينقص منها[٢].

ثم قال بعد ذلك: الدراهم والدنانير أصول في الدية بأنفسها، وليست بقيمة.

= الشرعية ص٣٧٦.

(١) الأثر أخرجه محمد في كتاب الآثار، ثم قال: «وبهذا كله نأخذ، وكان أبو حنيفة يأخذ من ذلك بالإبل والدراهم والدنانير» كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٠. وقال في الأصل: «وإنما أخذ أبو حنيفة من هذا بالإبل والذهب والفضة»، ٥٥٣/٦.

(٢) انظر: منهاج الطالبين للنووي، ص ٤٨٣ (دار المنهاج)؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي، ص ٤٦٩ (الرسالة).

وقال الشافعي في أحد قوليه: إن الدراهم والدنانير قيمة، وإنما تختلف باختلاف الأزمان[١].

وجه ما ذكره أبو بكر أولاً، قوله ﷺ: «**في النفس مائة من الإبل**»[٢]، (وروي عن الزُّهري أنه قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل)[٣]، قيمة كل بعير أوقية، فلما كان زمن عمر، غلت الإبل، فجعل عمر فيه كل بعير أوقيةً ونصف، فلما غلت أيضًا جعلها أوقيتين، فلم تزل تغلو حتى بلغ قيمة الإبل اثني عشر ألفًا[٤].

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (كانت الديةُ على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمتها أربعة آلاف، أو عدله من الذهب أربعمائة دينار)[٥].

وجه قوله الثاني: أن الدراهم لو كانت قيمة لم يجز أن يقضي بها مؤجلة؛ لأنه يؤدي إلى الدين بالدين، فلما قضي بها مؤجلة، دلّ على أنها وجبت بنفسها.

وروى شُعبة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار[٦].

---

(١) انظر: الأم ص١٢٠٧؛ رحمة الأمة ص٢١٧.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى من كتاب عمرو بن حزم، ٧٣/٨؛ وفي معرفة السنن، ٢٠٠/٦.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ج.

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٧٧/٨؛ ورواه الطبراني في الكبير، ١٥٠/٧؛ «وفيه أبو معشر نجيح، وصالح بن أبي الأخضر، وكلاهما ضعيف» كما قاله الهيثمي في مجمع الزوائد، ٢٩٧/٦.

(٥) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد بلفظ: «ثمانمائة دينار، وثمانية آلاف درهم...»، ٣٤٧/١٧.

(٦) «أخرجه أبو داود في المراسيل، وأخرجه محمد بن الحسن والشافعي، لكن موقوف على سعيد» كما قاله ابن حجر في الدراية، ٢٧٥/٢.




وروي عن عمر أنه قضىٰ بالدية في ستة أصناف، والقيمة لا يقضىٰ بها في البقر والغنم، فدلّ علىٰ أن هذه الأنواع ديات بأنفسها(١).

٢٤٣٧ - [فَصْل: أصناف الدِّيَةَ]

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: الدية يقضىٰ بها من ثلاثة أصناف من الإبل والعين(٢) والوَرِق.

وقال أبو يوسف ومحمد: من البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحُلَلِ مائتا حُلَّةٍ: كل حُلَّةٍ ثوبان، إِزَار ورِدَاء(٣).

لأبي حنيفة: قوله ﷺ: «**في النفس مائة من الإبل**» فظاهر هذا [يقتضي المنع](٤) من وجوب ما سوىٰ الإبل إلا ما دلّ عليه الدليل؛ ولأن البقر والغنم حيوان لا يغلَّظ في شبه العمد، فلا يكون أصلاً في الدية كسائر الحيوانات.

وجه قولهما: ما روي أن عمر رضي الله عنه قضىٰ في الدية بستة أصناف بحضرة الصحابة من غير خلاف(٥).

وقد قال أبو حنيفة: إن عمر إنما قضىٰ بذلك لما كانت الديات علىٰ العواقل، فلما نقلها إلىٰ الديوان قضىٰ بها من الإبل والدراهم والدنانير.

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٥٢ وما بعدها.

(٢) في ج هنا (الغنم).

(٣) انظر: مختصر القدوري ص ٤٤٩، ٤٥٠.

(٤) في أ (يمنع) والمثبت من ج.

(٥) أخرجه محمد في الآثار ثم قال: «وبهذا كله نأخذ، وكان أبو حنيفة يأخذ من ذلك بالإبل، والدراهم، والدنانير». كتاب الآثار ص ١٢٠.




ومن أصحابنا من قال: إنه روي عن أبي حنيفة ما يقتضي مثل قولهما ؛ لأنه قال في المعاقل: وإذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة ، أو مائتي حلة ، لم يجز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، فلو لم يجعل هذه الأنواع أصولاً في الدية لجوّز الصلح على أكثر منها.

٢٤٣٨ ـ [فَصل: دية المرأة]

ودية المرأة على النصف من دية الرجل ؛ لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ﷺ أنهم قالوا في دية المرأة: إنها على النصف من دية الرجل ، قال ابن مسعود: إلا المُوضِحَة والسِّنَّ ، فإنها كالرجل[1].

ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها جعلت على النصف من الرجل ، فكذلك في ديتها ، وأما ما دون النفس من المرأة ، فإنه معتبر بديتها.

وعن سعيد بن المسيب أنه قال: تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها ، معناه: أن ما كان أقل من ثلث الدية ، فالرجل والمرأة فيه سواء.

وقال ابن مسعود: معاقلة فيما كان أرشه نصف عشر الدية.

وقد روي أن ربيعة بن عبد الرحمن سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع امرأة ، فقال فيها: عشرٌ من الأبل ، فقال: فإن قطع أصبعين؟ قال: فيها عشرون من الإبل ، قال: فإن قطع ثلاثة؟ قال: فيها ثلاثون من الإبل ، قال: فإن قطع أربعة؟ قال: فيها عشرون من الإبل ، فقال ربيعة: لمّا عظم ألمها وزادت مصيبتها قلَّ أرشها؟! فقال له: أعراقي أنت؟! قال: لا بل جاهل متعلم ، أو عالم

(١) انظر: كتاب الآثار لمحمد ، ص ١٢٦.

متثبت، فقال: هكذا السنة[1]، وإنما أراد بذلك سنة زيد بن ثابت.

وما قاله ربيعة هو الحجة في المسألة؛ لأن ما قالوه يؤدي إلى أن نقل الأرش بكثرة الجناية، وهذا لا يصح؛ ولأن ما دون النفس معتبر بدية النفس، بدلالة ما زاد على ثلث الدية.

وقد روى أهل المدينة في ذلك حديثًا لم يثبت عند أبي حنيفة، وهو أنه قال ﷺ: «**تُعاقِلُ المرأةُ الرجلَ إلى ثلث ديتها**»[2] فأما قول ابن مسعود في السنّ والموضحة، (بأن النبي ﷺ قضى في الجنين بالغُرَّة)[3]، وهي مقدّرة بنصف عشر الدية، ولم يفصل بين الذكر والأنثى، فدلّ على أنهما يتساويان فيما بلغ أرشه نصف عشر الدية.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنه إنما لم يختلف في الجنين الذكر والأنثى؛ لأنه قد يتعذر الفرق بينهما لعدم تمام الخِلْقة، فسوّي بينهما لذلك[4].

٢٤٣٩ - [فَصل: أنواع دية الخطأ]

قال أصحابنا في دية الخطأ: إنها خمسة أنواع: عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن مخاض، وعشرون ابنة لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وهو قول ابن مسعود.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، ٩٦/٨؛ وابن أبي شيبة في مصنفه، ٤١٢/٥؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ٣٩٤/٩؛ الدراية، ٢٧٤/٢.

(٢) أخرجه الإمام مالك موقوفًا على سعيد بن المسيب، الموطأ، ٨٥٣/٢؛ ونحوه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٤١٢/٥؛ وأخرجه عبد الرزاق من قول عطاء وعمر بن عبد العزيز، ٣٦٩/٩.

(٣) أورده ابن الملقن في خلاصة بدر المنير، وعزاه إلى صحيح مسلم برواية المغيرة، ٢٨٠/٢.

(٤) انظر: الأصل ٥٥٣/٦.




وقال الشافعي: عشرون ابن لبون، بدلاً من بني مخاض(١).

وعن عمر [وزيد] ذكر محمد في الكتاب في الخطأ مثل قول ابن مسعود.

لنا: ما روىٰ حنيف بن مالك، عن ابن مسعود، عن النبي ﷺ أنه قال: «**في دية الخطأ عشرون ابنة مخاض، وعشرون ابن مخاض**»(٢)، وقال: «**في النفس مائة من الإبل**»، فظاهره يقتضي أدناه؛ ولأن ابن لبون يقوم مقام غيره في الذكاة عند عدمه [فلم يجب في الدية بنفسه]، فصار كالشاتين.

وأما دية شبه العمد، فهي عندنا أرباعًا: خمس وعشرون ابنة مخاض، وخمس وعشرون ابنة لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وهو قول ابن مسعود.

وذكر محمد في الكتاب عن عمر والمغيرة وأبي موسىٰ: أن دية شبه العمد [٣٢٢/ب] أثلاثًا.

وعن عمر وزيد: في شبه العمد ثلاثون جذعة، وأربعون ما بين ثنية إلىٰ بازل عامها كلها خِلفة، وهو قول محمد.

وعن علي في شبه العمد أثلاثًا: ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خلفة في بطونها أولادها(٣).

---

(١) انظر: مختر المزني ص٢٤٤؛ رحمة الأمة ص٢١٧.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٥٤٥)؛ وابن ماجه (٢٦٣١)؛ ومالك في الموطأ (١٥٥٠)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٧٥/٨؛ نصب الراية، ٣٥٧/٤.

(٣) انظر: كتاب الآثار لمحمد، ص ١٢٠، ١٢١.

لأبي حنيفة وأبي يوسف: قوله ﷺ: «**في النفس مائة من الإبل**»، وهذا يقتضي أدناه.

وروىٰ الزهري عن السائب بن [يزيد][1]: (الدية كانت علىٰ عهد رسول الله ﷺ أرباعًا)[2]، ونحن نعلم أنه لم يرد به الخطأ، فبقي أن يريد شبه العمد.

ولأنها بدل عن النفس، فكانت الأسنانُ متساوية كالخطأ؛ ولأن الصحابة اختلفوا علىٰ الوجه الذي ذكرناه.

وإيجاب الحامل لا يجوز؛ لأن الحمل معنىً لا يعلم حقيقة، ولأن الحقوق المتعلقة بالحيوان لا يعتبر فيها الحمل، [كالنذور][3] والهدايا، وإذا سقط اعتبار الحوامل، لم يبق إلا قول ابن مسعود.

لمحمد: ما روي أن النبي ﷺ قال: «**ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، فيه مائة من الإبل، منها أربعون خلفة في بطونها أولادها**»[4].

والجواب: أن هذا الخبر قد عارضه قول ابن مسعود، ولا يجوز أن يكون قال ذلك إلا توقيفًا عن رسول الله؛ لأنه لا مدخل للقياس في هذه المقادير، وإذا تعارض الخبران، كان الأخذ بالمتيقن أولىٰ؛ ولأن من أصلنا أن الخبر إذا روي

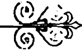
---

(١) في النسخ (زيدان) والمثبت من سند الحديث.

(٢) ذكر الحديث بالمعنىٰ الذي قسم عليه الإبل باعتبار السِّنّ في الدية، أخرجه الطبراني في الكبير، ١٥٠/٧؛ والهيثمي في مسند الحارث، ٥٧٢/٢.

(٣) في أ (كالذكاة) والمثبت من ج.

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ٣٦٤/١٣؛ والنسائي في الكبرىٰ ٢٣٢/٤؛ وابن ماجه (٢٦٢٧)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٤٥/٨؛ وأحمد في المسند، ٥١١/٥.

أن النبي ﷺ بيّنه بيانًا عامًا ولم ينقل نقلاً عامًا، لم يقبل، ومعلوم أنه روي أن هذا قاله ﷺ في حجة الوداع في خطبته، فلو كان كما روي، لاحتجَّ به الصحابة حين اختلفوا فيه، ولكانوا لا يختلفون في كيفية التغليظ، فلما اختلفوا ولم ينقل احتجاج بعضهم به، دل ذلك على ضعفه.

٢٤٤٠ - [فَصْل: دِيَةُ الذِّمِّيِّ والمُسْتَأْمَنِ]

ودية الذمي عندنا كدية المسلم، وكذلك دية المستأمن، وإنما اعتبر أصحابنا في كمال الدية حظر الدم[١].

وقال الشافعي: في دية اليهودي والنصراني، أربعة آلاف[٢]، وفي دية المجوسي، ثمانمائة[٣].

وقال مالك: في دية اليهودي والنصراني، ستة آلاف[٤].

لنا ما روي في حديث ابن عباس: (**أن مستأمِنَين دخلا على رسول الله ﷺ، فكساهما وحملهما، فلما خرجا من عنده، لقيهما عمرو بن أمية الضمري، فقتلهما ولم يعلم بأنهما مستأمِنَين، فوداهما رسول الله ﷺ بدِية حُرّين مسلمين**)[٥].

---

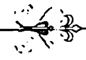
(١) انظر: الأصل ٦/٥٥٦.

(٢) في ج (ستة آلاف).

(٣) انظر: مختصر المزني ص٢٤٦.

(٤) وقال مالك: «أنه بلغه: أن عمر بن عبد العزيز قضى أن دية اليهودي والنصراني إذا قُتِلَ أحدهما، مثلُ نصف دية حر المسلم». الموطأ (١٦١٧)؛ انظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٣٣٦؛ رحمة الأمة، ص ٤٧٤؛ منهاج الطالبين، ص ٤٨٤.

(٥) أورده السرخسي في المبسوط ٢٦/٨٥؛ والكاساني في البدائع ٧/٢٥٥.




وروى معاوية أن النبي ﷺ قال: «**دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار**»[١].

وعن الزهري قال: قضى أبو بكر وعمر وعلي في دية الذمي بمثل دية المسلم[٢]؛ لأن الله تعالى سمّى ما يجب بقتل الذمي دية، كما سمّى ما يجب بقتل المسلم دية، فلما لم يفصل بينهما، دل على تساويهما؛ ولأنه بدل عن متلف، فاستوى فيه المسلم والذمي، كبدل الأموال[٣].



(١) أخرجه أبو داود في المراسيل من رواية سعيد بن المسيب. الدراية، ٢/٢٧٥؛ وروى محمد حديث (دية المعاهد دية الحر المسلم) مرفوعًا وموقوفًا في كتاب الآثار، ص ١٢٨.

(٢) أورده ابن حجر في الدراية، ٢/٢٧٥.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٥٦ وما بعدها.




بَابُ
الأعضاءِ التي تجبُ بكل عضوٍ منها ديةٌ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وهي ثلاثة أعضاء: اللِّسان، والأَنف، والذَّكَر[(١)].

فإذا استوعب الأنف جذعًا، أو قطع المارن منه وحده ـ وهو ما لان من الأنف عن العظم ـ ففيه الدية كاملة.

وكذلك إذا انتزعت أو قطعت الحشفة وحدها، ففيه الدية.

وكذلك اللسان، إذا استوعب أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله.

والأصل في هذا: ما روىٰ سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «**في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنف الدية، وفي المارن الدية**»[(٢)]، وكذلك في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ لعمرو بن حزم[(٣)].

وروي عن عليّ وجماعة من الصحابة أنهم قالوا: في اللسان الدية، وأما المارن فللخبر؛ ولأن المقصود بالأنف الجمال والمنفعة، وذلك يفوت بفوات المارن؛ ولأنه لا يجمع الشم به.

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٤٨.

(٢) قال ابن حجر عن حديث سعيد: «لم أجده». الدراية، ٢/٢٧٦.

(٣) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٧٠٥٨)؛ البيهقي في الكبرىٰ، ٤/٨٩؛ ابن عبد البر في التمهيد، ١٧/٣٤٠؛ الدراية، ٢/٢٧٦.

وأما حشفة الذكر ففيها الدية ؛ لأنها إذا قطعت بطلت منفعة الذكر ، وهي الإنزال ، وبطلان منفعة العضو كبطلان العضو .

وأما اللسان إذا ذهب بالكلام بقطع بعضه ، ففيه الدية ؛ لأنه أبطل المنفعة المقصودة منه ، فصار كقطع جميعه ، وإن ذهب ببعض الكلام ففيه حكومة ؛ لأنه لم يبطل المنفعة بكمالها ، ومن أصحابنا من قال في ذلك بقول عليّ رضوان الله عليه ، أنه يقسم على عدد الحروف ، فإذا فات بعض الحروف وبقي [بعض] الكلام في بعضها ، وجب عليه من الدية بقدر ما فات من حروف المعجم ، وهذا ينبغي أن يعتبر بالحروف التي تفتقر إلى اللسان[1] .

فأما ما لا يفتقر إلى اللسان ، كالباء ، والهاء ، فلا تدخل في القسمة .



(١) انظر: الأصل ٦/٥٤٨ ، ٥٤٩ .




بَابُ
المعاني التي توجبُ الدياتِ مما ليس بعضوٍ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: في النفس الدية، وكذلك العقل والسَّمْع والْبَصَر والشَّمُّ والذَّوْق والكَلَام.

والأصل في ذلك: ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضىٰ في رجل واحد بأربع ديات: ضُرِب علىٰ رأسه فذهب عقله، وكلامه، وبصره، وذكره[1].

ولأن العقل يبطل بفواته منافع كل الأعضاء، ألا ترىٰ أن أفعال المجنون تجري مجرىٰ أفعال البهائم، فكأنه أتلفه.

وأما السمع فلأنها منفعة ليس لها نظير في البدن، ففيها الدية كالعقل والكلام.

وأما البصر، فقد دلّ عليه قوله ﷺ: «**وفي العينين الدية**»[2].

وأما الشَّمّ والذَّوق؛ فلأن كل واحد منهما منفعة كاملة لا نظير لها في البدن.

وأما الكلام إذا ذهب، فلم يقطع اللسان، ففيه الدية؛ لأن فوات منفعة العضو الذي يقصد منه المنفعة كفوات العضو، ألا ترىٰ أنه لا فرق بين قلع العين وبين ذهاب ضوئها، وبين قطع اليد و[بين] جفافها.

(١) قال ابن حجر في الدراية: «عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي من عوف الأعرابي» ٢/٢٧٦؛ انظر: الأصل، ٦/٥٦٠؛ نصب الراية للزيلعي، ٤/٣٧١.

(٢) كما في حديث عمرو بن حزم الطويل، أخرجه الحاكم في المستدرك ١/٥٥٣؛ وابن حبان في صحيحه ١٤/٥٠٨؛ والنسائي في الكبرىٰ (٧٠٥٨)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٤/٨٩.

قال: وشعر [الرأس] إذا سقط فلم ينبت بجناية جانٍ جنىٰ عليه، وكذلك اللحية إذا لم تنبت، فقد قال أصحابنا: إن في شعر رأس الحر الدية، وكذلك في شعر المرأة، وكذلك في لحية الرجل.

فأما شعر العبد ولحية العبد، فذكر في الأصل أن فيه حكومة.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أن فيه القيمة، وقال الشافعي: فيها حكومة(١). [٣٢٣/أ]

لنا: أن اللحية فيها جمال كامل، بدلالة ما روي عن أبي هريرة أنه قال: إن ملائكة سماء الدنيا تقول: والذي زيّن بني آدم باللِّحىٰ(٢). وفوات الجمال الكامل في الحر يتعلق به كمال الدية، كالمارن والأذن الشاخصة.

وقد روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال: في الرأس إذا حلق فلم ينبت، الدية كاملة(٣).

وروي أن رجلاً أغلىٰ ماءً فصبَّه علىٰ رأس رجل، فسلخ جلد رأسه، فقضىٰ علي رضوان الله عليه بالدية.

وروي عن شريح، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، والشعبي، أنهم قالوا: في الحاجبين الدية.

---

(١) انظر: رحمة الأمة ص٢٢٠.

(٢) رواه أبو القاسم في تاريخ مدينة دمشق، وقال: (الحديث الموقوف)، ٣٦/٣٩٨؛ وأورده الغزالي في الإحياء من غير أن يعزو لأحد، ١/١٤٤؛ وأورده القرافي في الذخيرة بقوله (لما في بعض الأخبار)، ١٣/٢٧٩.

(٣) انظر: الأصل ٦/٤٥٩.

وذكر المُبَرِّد أن النبي ﷺ قال: «وفي المَعَر الدية»، وفسّره المبرد فقال: هو اعوجاج الوجه، وإنما يفوت بذلك الجمال.

فأما شعر البدن، ففيه حكومة؛ لأنه لا يظهر، فيقع به الجمال الكامل.

وأما لحية العبد، فإن قلنا برواية الحسن: سوّينا بينهما؛ لأن القيمة في العبد، كالدية في الأحرار.

وإن قلنا بالرواية الأخرىٰ: فلأن المقصود من العبيد الخدمة، وليس المقصود فيهم الجمال، فلذلك لم يجب كمال القيمة بفوات الجمال.

وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ يقول في اللحية: إنما تجب بها الدية إذا كانت لحية كاملة يتجمل بها، فأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها، فلا شيء فيها، وإن كانت غير متوفرة لا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين، ففيها حكومة.

وذكر في المنتقىٰ: في لحية السنوط[1] حكومة، وإن كانت قد استوت إلا أنها رقيقة، ففيها الدية.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: هذا في الذكور والإناث سواء، وإنما أراد بهذا: العقل، والسمع، والبصر، وشعر الرأس، فأما اللحية فلا يتصور أن تكون للمرأة إلا طاقات تشينها.

قال: وكذلك إذا ضرب ظهر الرجل فصار لا يبول؛ لأنه فوت عليه منفعةً كاملة، وهي النسل ولذة الإنزال.

---

(١) «السِّناط: الكوسج، أو الخفيف العارضين، أو الذي لا لحية له». المغرب (سنط).

قال: وكذلك المرأة إذا افتضتها الجناية، فلم تستمسك البول والغائط، أو لم تستمسك أحدهما، ففي كل واحدٍ منهما دية كاملة، في الرجل على قدر ديته، وفي المرأة على قدر ديتها؛ وذلك لأن [هذه] الجناية أبطلت المنفعة المقصودة بهذا العضو، وقد بينا أن إبطال منفعة العضو كإبطال العضو، وإتلاف عضو لا نظير له في البدن يتعلق به الدية[1].



(١) انظر: الأصل ٦/٥٤٨ ـ ٥٥١.

بَابُ
ما تجبُ فيه الديةُ على قدرِ ما في البَدن



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: في العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأنثيين الدية، وفي الحاجبين الدية إذا ذهب شعرها ولم ينبت، وفي ثدي المرأة الدية، وفي كل واحد مما ذكر نصف الدية[1].

والأصل في هذا: أن كل عضو لا نظير له في البدن ففيه الدية، وقد قدمناه، وهي ثلاثة أعضاء: الأَنْف، والذَّكَر، واللِّسان.

وكل ما في البدن منه اثنان: ففيهما الدية، وفي أحدهما نصف الدية، والأصل في ذلك: ما روي في حديث سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: **«وفي العينين الدية، وفي [الأذنين][2] الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الأنف الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الشفتين الدية»**[3].

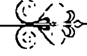
وفي الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ لعمرو بن حزم: **«في النفس الدية، وفي الأنف الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي أحدهما نصف الدية،**

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٥٠.

(٢) في أ (الأنثيين) والمثبت من ج.

(٣) الحديث أورده ابن حجر في الدراية، وزاد بعد الرجلين «.. وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين الدية»، ثم قال: «لم أجده بتمامه، ولكن روىٰ البيهقي من طريق سعيد بن المسيب: قضت السنة في العقل بأن في الذكر الدية، والأنثيين الدية، وقد تقدم أن ذلك كله في كتاب عمرو بن حزم»، ٢/٢٧٧.

وفي اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية»[١].

وأما شعر الحاجبين، فهو على ما بينا، أن فوات الجمال بالشعر يوجب الأرش المقدر.

قال: وسواء ذهب بالجناية نور البصر دون الشحمة، أو ذهب معه الشحمة؛ وذلك لما قدمنا أن تلف منفعة العضو، كتلف نفس العضو، والمقصود من الشحمة: النظر، فإذا ذهبت، فالشحمة تابعة.

قال: وسواء قطع أصابع اليد دون الكف، أو قطع الكف وفيها الأصابع، وكذلك القدم تبع للأصابع؛ وذلك لما روي عنه ﷺ أنه قال: «**في الأصابع في كل أصبع عشر من الأبل**»[٢]، فلا فرق بين أن يقطعها ويقطع الكف معها؛ لأن الأصابع تجب فيها نصف الدية، (وهي مع الكف يجب فيها نصف الدية)[٣]؛ لقوله عليه السلام: «**وفي إحدى اليدين نصف الدية**»[٤]، فدل على أن الكف تبع للأصابع؛ ولأن المقصود من اليد المنفعة، وذلك يحصل بالأصابع، فإتلافها كإتلاف اليد.

[قال]: وكذلك إن قطع الحَلَمَة من ثَدْي المرأة وحدها أو قطع الثدي [وفيه الحَلَمة]، ففيها نصف الدية، والثَّدْي تبع للحَلَمَة؛ لأن المقصود من منفعة الثدي يفوت بفوات الحلمة، وهو الرضاع، وفوات المنفعة المقصودة من العضو كفوات العضو.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة من قول علي وعبد الله رضي الله عنهما، ٥/٣٦٨.
(٣) ساقطة من ج.
(٤) أخرجه النسائي في الكبرى من حديث عمرو بن شعيب (٧٠٥٩).

قال: وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين، إذا كان ذلك قبل البُرْء من الأول؛ لأن الجناية لا تستقر قبل البرء، فإذا أتبعها الجناية الثانية قبل استقرارها، فكأنه أوقعهما معًا.

قال: وفي أشفار العين كلها الدية، وفي أحدها ربع الدية، وفي الاثنين نصف الدية، وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية، وهذا كله إذا لم ينبت الشعر؛ وذلك لأن الأشفار أربعة في البدن، ففي جميعها الدية؛ لأنه لا نظير لجملتها في البدن(١).

ثم الدية تنقسم علىٰ عددها، فتجب في كل واحد منها الربع، كما يجب قسم الدية علىٰ اليدين(٢).

وكذلك إن قطع الجَفْن اللحم وفيه الشعر فهو سواء، واللحم تبع (للشعر، مثل الكفين والقدمين مع الأصابع؛ وذلك لأن الجمال والمنفعة والشعر واللحم تبع)(٣) له كالكف مع الأصابع.

قال: فإن قطع اليد من الذراع من المفصل خطأً، ففي الكف والأصابع الدية، وفي الذراع حكومة، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: فيه نصف الدية، والذراع تبع.

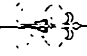
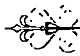
وكذلك لو قطع اليد من العَضُد، أو الرجل من الفَخْذ، ففيه نصف الدية، وما فوق القدم عنده تبع، وما فوق الكف تبع، وهو قول ابن أبي ليلىٰ.

---

(١) رواه محمد من قول حماد، كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٢.

(٢) في ج (كما تنقسم الدية علىٰ اليدين).

(٣) ساقطة من ج.

وقال أبو حنيفة: لا تتبع الأصابع غير الكف، وكذلك أصابعُ الرجل، لا تتبعها إلا القدم، وهي رواية محمد عن أبي يوسف في الكف والذراع.

وروىٰ ابن سماعة وبشر وعلي عن أبي يوسف: أنّ في اليد إذا قطعت من المرفق، أو فوق ذلك [٣٢٣/ب] ما بينها وبين المنكب، ففيها نصف الدية في قول أبي يوسف وابن أبي ليلىٰ، وكذلك إذا قطع الرجل من الفخذ.

وجه قولهما: أن الدية إنما تجب في الأصابع، والكف تبع [لها]؛ بدليل أنه لو أفرد الأصابع بالقطع، وجب نصف الدية، ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية، فلا يخلو إما أن تكون الذراع تبعًا للأصابع، أو للكف، ولا يجوز أن يتبع الأصابع؛ لأنه يفصل بينهما عضو، فلا يكون تبعًا لهما، كما لا تكون [الشحمة][1] تابعة للأصابع، ولا يجوز أن يتبع الكف؛ لأنه تبع في نفسه، فلا يثبت له تبع.

لأبي يوسف: قوله ﷺ: **«وفي اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية»**[2]، واليد عبارة عن [العَضُد][3] إلىٰ المنكب؛ ولأن ما ليس له أرش مقدر إذا اتصل بما له أرش مقدر تبعه في الأرش، كالكف[4].

٢٤٤١ـ [فَصْل: الدية في أصابع اليدين والرجلين]

قال: وفي أصابع اليدين والرجلين في كل واحد منهما عُشْر الدية، وهي

---

(١) في أ (السبحة) والمثبت من ج.

(٢) والحديث بهذا اللفظ أورده ابن نجيم في البحر الرائق، ٣٨٣/٨.

(٣) في أ (العضو) والمثبت من ج.

(٤) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٠؛ الأصل ٥٤٩/٦ وما بعدها.

في ذلك سواء، لا فضل لبعضهن علىٰ بعض؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**في كل أصبع عَشْر من الإبل، والأصابع كلها سواء**»(١).

وروىٰ عكرمة عن ابن عباس أنه قال: هذه وهذه سواء، وأشار إلىٰ الخنصر والإبهام.

وروىٰ عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «**في المواضح خمس خمس من الإبل، وفي الأصابع [كلهن سواء] عشر عشر من الإبل، وفي الأسنان خمس خمس من الإبل**»(٢)، وقد روي أن عمر كان يقول: (في الخنصر ست من الإبل، وفي البنصر سبع من الإبل، وفي الوسطىٰ عشر من الإبل، وفي السَّبَّابة والإبهام خمس وعشرون)(٣)، فلما بلغه الخبر عن رسول الله ﷺ رجع إلىٰ ذلك.

وهذا جارٍ علىٰ الأصل الذي قدمنا؛ لأن في اليدين عشر أصابع، ففيها الدية، ثم تنقسم الدية علىٰ قدر عددها، كما انقسمت علىٰ اليدين والرجلين.

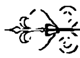
قال: وما كان من الأصابع ففيه ثلاث مفاصل، ففي كل مفصل إذا قطع ثُلُثُ دية الأصبع، وما كان فيه مفصلان، ففي الواحد منه نصف دية الأصبع، وذلك [لأن] ما في الأصبع ينقسم علىٰ مفاصلها كما انقسم ما في اليد علىٰ عدد الأصابع.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه مرفوعًا وموقوفًا، ٥/٣٦٨.

(٢) أخرجه القزويني في التدوين في أخبار قزوين، ٣/٨؛ وابن أبي شيبة، ٥/٣٦٨.

(٣) روىٰ نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٥/٣٦٨؛ والبيهقي في معرفة السنن، ٦/٢٢٣؛ التلخيص الحبير، ٤/١٩٥.




قال: وسواء قطع من الأصابع أو شَلَّ، وهذا لما قدمنا.

قال: وفي كل سِنٍّ خمس [من الإبل][1] إذا سقطت، وهي في ذلك سواء، المقدم والمؤخر والأضراس والثنايا [لا يختلف عقلهن؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**في كل سِنٍّ خمس من الإبل**»][2]، وهذا غير جارٍ على قياس الأعضاء؛ لأن جملة الأسنان والأضراس اثنان وثلاثون؛ إلا أن المرجع في أرشها إلى النص[3].

وقد حكي عن بعض الناس أنه فضل أرش الطواحن على أرش الضواحك، وظاهر الخبر يقتضي خلاف ذلك.

قال: فإن اسوَدَّت السِّنُّ من الضربة، أو حمرت أو اخضَرّت [ولم تسقط]، ففيها الأرش تامًا؛ وذلك لأن السن إذا اسوَدَّت بطل منفعتها؛ لأنها تتناثر وتتلاشى، وبطلان المنفعة كتلف العضو.

ولأنه يفوت باسودادها الجمال الكامل، فأما إذا اصفرَّتْ: فقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيها [حكومة][4] عدل.

وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة أن المضروب إن كان حرًا فليس فيها شيء، وإن كان مملوكًا ففيها حكومة عدل.

---

(١) في أ (خمس مائة) والمثبت من ج.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب (الطويل) (٤٥٦٤)؛ والبيهقي في الكبرى، ٩٠/٨؛ والدارقطني ٢٠٩/٣؛ التخليص ٢٨/٤.

(٣) في ج (النصف).

(٤) في أ (حكم) والمثبت من ج.

وقال محمد: نرىٰ فيها حكومة عدل، حرًا كان أو عبدًا، وهو قول أبي يوسف.

وقال زفر: إذا اصفرت، ففيها عقلها تامًا.

لأبي حنيفة: أن الصفرة لا تذهب منفعتها، وإنما توجب نقصًا فيها، [فوجبت بها حكومة عدل][(١)].

وأما الرواية الأخرىٰ، فقال: بأن الصفرة [قد] تكون لون السِّنّ في أصل الخِلْقَةِ، فلم يُعَدّ ذلك نقصًا في الحر.

وليس كذلك الخضرة والسواد [والحمرة]؛ لأنها لا تكون لون السن في الأصل.

فأما العبد: فالصفرة [والسواد] تؤثر في نقصان ثمنه، وهذه الرواية لا تصح؛ لأن الحر أولىٰ بإيجاب الأرش بفوات الجمال، بدلالة الشعر.

وجه قول زفر: أن الصفرة تؤثر في تفويت جمال السِّنّ كالسواد.

وقال أبو يوسف: إن كثرت الصفرة حتىٰ تكون عيبًا كعيب الخضرة والحمرة، ففيها عقلها تامًا، وهذا يجب أن يكون قولهم.

قال: وهذا عندهم جميعًا بعد أن ينظر بها سنة، فإن حدث فيها سقوط أو شيء من هذا، كان فيها ما ذكرنا، وإن نبتت سوية فلا شيء فيها؛ وذلك لأن الجنايات يعتبر فيها حال استقرارها، بدلالة ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**[لا يستقاد من]**[(٢)] **الجراح حتىٰ يبرأ**»؛ ولأن الجناية إذا لم تستقر، لم يعلم الواجب بها،

---

(١) في أ (فوجب فيها الحكومة) والمثبت من ج.

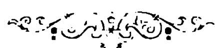
(٢) في الأصل كلمة غير مقروءة، والمثبت من الدراية من حديث جابر رضي الله تعالىٰ عنه،=

فلا يجوز القضاء بما لا يعلم.

قال: وإن نبتت حمراء أو خضراء أو سوداء أو صفراء، ففيها ما ذكرت في كل ناب؛ وذلك لأن السن إذا نبتت، قام النابت[1] مقام الذاهب، بدلالة سقوط الأرش، فإذا نبتت سوداء، فكأن الأصل كان باقيًا وتغيّر.

ولم يذكر الشفتين، وفيها الدية عندنا؛ لأنها من جملة ما في البدن منه اثنان، لا نظير لهما، وهما كالعينين واليدين، والعليا والسفلىٰ سواء، وهذا قول جماعةٍ من الصحابة.

وقال زيد بن ثابت: (في السفلىٰ الثلثان، وفي العليا الثلث)[2]؛ لأن السفلىٰ فيها جمال ومنفعة، لأنها تحبس الريق. وبقية الصحابة لم يفصلوا، وقال مثل قولنا: شريح والنخعي، وجماعة من التابعين رضي الله تعالىٰ عنهم[3].



= ٢/٢٨٠؛ نصب الراية، ٤/٣٧٨.

(١) في ج (الثابت).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة عن الشعبي في المصنف ٥/٣٦٢.

(٣) انظر: كتاب الآثار لمحمد ص ١٢٠ وما بعدها؛ الأصل ٦/٤٥٩ وما بعدها؛ البدائع للكاساني ٧/٣١٤.




بَابُ
الشِّجَاجِ



قال أيده الله تعالىٰ: الشجاج[١] ، أولها الحارِصَةُ[٢]: وهي التي تشق الجلد ، ومنه قولهم: حرص القصّار الثوب.

وبعدها [الدَّامِعَة]: وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع.

وبعدها الدَّامِيَة: وهي التي يخرج منها الدَّم.

وبعدها البَاضِعَة: وهي التي تبضع اللحم.

وبعدها المُتَلاحِمَة: وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ، هكذا روىٰ أبو يوسف.

وقال محمد: المتلاحمة قبل الباضعة ، وهي التي يتلاحم الدم فيها ويَسْوَدّ.

وبعدها السِّمْحَاق: وهي التي تصل إلىٰ جلدة رقيقة فوق العظم ، تلك الجلدة تسمىٰ السِّمْحَاق ، ومنه قيل للغيم الرقيق[٣]: سماحيق.

---

(١) «الشِّجاج: يختص بالوجه والرأس ، وغيرهما يسمّىٰ جراحة. والشَّجَّةُ: واحدة شِجاج الرأس». أنيس الفقهاء ص٢٩٣.

(٢) وفي البدائع بالخاء (الخارصة) وهي التي تخرص الجلد ، أي تشقه» ٧/٢٩٦ ؛ وفي تحفة الفقهاء (الخادشة) ٣/١١١ ؛ وفي الهداية بالحاء (الحارصة) ، «وهي تحرص الجلد» ٤/١٨٢ ؛ وكذلك في تبيين الحقائق ٦/١٣٢ كمثل النسخة ؛ والمطرزي عرفها أيضًا (بالحارصة) ، المغرب (حرص).

(٣) في ج (الخفيف).

ثم المُوْضِحَة [٣٢٤/أ]: وهي التي [تقطع السمحاق و]توضح عن العظم.

ثم الهَاشِمَة: وهي التي تهشم العظم.

ثم المُنَقِّلَةُ: وهي التي يخرج منها العظم(١).

ثم الآمَّة: وهي التي تصل إلىٰ أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ.

ثم الدَّامِغَةُ: وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلىٰ الدماغ.

فهذه إحدىٰ عشرة شَجّة، لم يذكر محمد منها الحارِصَة، ولا الدَّامِغَة؛ [لأن الحارصة] لا يبقىٰ لها أثر في الغالب، فالشجة التي لا أثر لها لا حكم لها [في الشرع].

ولم يذكر الدامغة؛ لأن الإنسان لا يعيش معها [عادة]، فلا معنىٰ [لإثبات] حكم الشجاج فيها، وما سوىٰ ذلك، فالحكم فيه مختلف(٢).

فإن كان عمداً، ففي المُوضِحة القصاص في قولهم؛ لأنه يمكن استيفاء القصاص فيها؛ لأنه ينتهي بالسِّكّين إلىٰ العظم، (وإذا أمكن استيفاء المماثلة، وجبت.

وما بعد الموضحة لا قصاص فيه في قولهم(٣)؛ لأنه لا يمكن استيفاء

---

(١) وفي البدائع: «والمنقلة: هي التي تنقل العظم بعد الكسر، أي: تحوله من موضع إلىٰ موضع»، ٢٩٦/٧؛ لأن نص الكاساني مطابق لنص الكتاب إلا ما ندر.

(٢) البدائع ٢٩٦/٧.

(٣) ووضّح ذلك القدوري في المتن: «ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً، ولا قصاص في بقية الشجاج، وما دون الموضحة ففيه حكومة عدل»، ص ٤٥٣.




المماثلة فيه، ألا ترىٰ أن الهاشمة)[1] تكسر العظم، فإذا كسرنا العظم لم نعلم أنا ننتهي إلىٰ المستحق، وكذلك المُنَقِّلَةُ.

فأما الآمَّةُ، فلا بأس أن ينتهي بها إلىٰ الدماغ، وإذا تعذرت المماثلة سقط القصاص.

فأما ما قبل الموضحة، فذكره محمد في الأصل: أن فيه القصاص.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا قصاص إلا في الموضحة.

وجه رواية الحسن: أن ما دون الموضحة لا حد فيه ينتهي السكين إليه، فلا يمكن استيفاء المماثلة.

وجه رواية الأصل: أنه يمكن تقدير غور الجراحة[2] بمسمار، ثم تعمل حديدة علىٰ [قدره][3]، فينفذ في اللحم إلىٰ آخرها، فيستوفي منه مثل ما فعل.

فأما إذا كانت خطأً، أو سقط القصاص فيها علىٰ إحدىٰ الروايتين فيما قبل الموضحة، وعلىٰ الروايات كلها فيما بعد الموضحة وفيما قبل الموضحة حكم عدل.

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: ما دون الموضحة خدوش، فيها حكم عدل، وكذلك عن النخعي.

وقال الشعبي: ما دون الموضحة فيه أجرة الطبيب؛ ولأنه لم يرد في الشرع

---

(١) في ج ذكرت بعد الدامغة.

(٢) في ج (تقدير تجوز الجراحة بمثل).

(٣) في أ (قدّه) والمثبت من ج.

لذلك أرش مقدر، فوجب فيها النقصان.

واختلف أصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة، فقال الطحاوي: يقوّم الحر لو كان عبدًا، وهو صحيح، ثم يقوم وبه هذه الشجّة، فما نقص بين القيمتين، كان أرشًا من دية الحر.

وقال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: يقرب من الشجة التي لها أرش مقدّر بالحرز والظن.

وجه ما قاله الطحاوي: أن الحر لا يمكن تقويمه، والقيمة في العبد كالدية في الحر، فوجب أن ينقص من دية الحر ما بين القيمتين في العبد.

وكان أبو الحسن ينكر هذا ويقول: إنه يؤدي إلىٰ أن يجب في قليل الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها؛ لأنه يجوز أن يكون نقصان الشجة التي هي السمحاق في العبد أكثر من نصف عشر قيمته، فإذا أوجبنا مثل ذلك في دية الحر، أوجبنا في السمحاق أكثر مما يجب في الموضحة، وهذا لا يصح.

فأمّا الموضحة، ففيها خَمْس من الإبل، وفي الهاشمة عَشْر من الإبل، وفي المُنَقِّلَةِ خمس عشرة من الإبل، وفي الآمَّةِ ثلث الدية.

والأصل في هذا: ما روي في كتاب عمرو بن حزم، أن النبي ﷺ قال: **«وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الآمَّةِ ثلث الدية»**[1].

---

(١) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٧٠٦١)؛ البيهقي في الكبرىٰ، ٤/٨٩؛ الدارقطني في سننه، ٢٠١/٣؛ الإمام مالك في الموطأ (١٥٤٧)، وغيرهم.




فأما الخلاف في المتلاحمة[1]، فلا يعود إلىٰ معنىً، وإنما هو عبارة[2]؛ لأن محمداً لا يمنع أن تكون الشجة التي ذهبت في اللحم أكثر يزيد أرشها، وكذلك أبو يوسف لا يمنع أن تكون الشجة التي قبل[3] الباضعة أقل منها أرشًا.

وإنما الخلاف في الاسم، قال محمد: المتلاحمة مأخوذة من الاجتماع، يقال: التحم الجيشان، إذا التقيا، وقال أبو يوسف: إنها مأخوذة من الذهاب في اللحم، وإنا قد بينا حكم هذه الشجاج، فالكلام في موضعها.

فعندنا: أن الشجاج تختص بالرأس والوجه، فإذا كانت من الوجه في مواضع العظم، مثل الجَبْهَةِ والوَجْنَتَيْنِ والذَّقَنِ، تصور فيها الموضحة وما قبلها وما بعدها.

وقال الليث: يثبت حكم هذه الشجاج في كل البَدَن، وهذا الذي قاله إن رجع فيه إلىٰ لغة فهو غلط؛ لأن العرب تسمي ما كان في الوجه والرأس شجّة، وما كان في البدن جراحة، وإن كان يرجع إلىٰ الحكم، لم يصح؛ لأن هذه الشجاج يثبت حكمها للشَّيْن الذي يلحق ببقاء أثرها، ألا ترىٰ أنها لو اندملت فلم يبق لها أثر، لم يجب لها أرش.

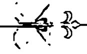
والشَّيْن إنما يكون فيما يظهر من البدن: وهو الوجه والرأس، فأما ما سواهما فيغطىٰ في العادة، فلا يحصل فيه من الشين ما يحصل في الوجه والرأس.

---

(١) في ج زيادة (في السمحاق) ولا خلاف في السمحاق بين الأصحاب.

(٢) وقال الزيلعي: «والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع إلىٰ مأخذ الاشتقاق لا إلىٰ الحكم»، تبيين الحقائق ٦/١٣٢.

(٣) في ج (في الباضعة).

وقد قال محمد: إنه روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال: في السمحاق أربع من الإبل، وهذا على وجه [يثبت حكمها] الحكومة، لا على وجه التقدير.

قال: وما كان أرشه خمسمائة فما فوق ذلك في الخطأ فهو على العاقلة في قولهم جميعًا، وما كان دون الخمسمائة، فهو في مال الجاني، ولا تكون على العاقلة، وهذا الذي قاله، إنما يعني به في الرجل.

فأما في المرأة، فتتحمل العاقلة من الجناية عليها مائتين وخمسين فصاعداً؛ لأن الذي يعتبر في ذلك، نصف عشر الدية.

وقال الشافعي: تتحمل العاقلة القليل والكثير[1].

لنا: أن القياس يمنع تحمل العاقلة على ما تقدم، وإنما تركنا القياس للأثر، (وقد روي أن النبي ﷺ قضى بأرش الجنين على العاقلة)[2]، فتركنا القياس في ذلك، وما سواه على أصل القياس؛ ولأن ما دون ذلك ليس له أرش مقدر بنفسه، كالأموال، ولا يلزم على هذا ما يجب في الأُنْمُلَة؛ لأنه ليس بمقدر بنفسه، وإنما هو جزء من مقدر.

وإذا ثبت هذا: فما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلث الدية، فإنه على العاقلة في سنة؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، وكل ما وجب به ثلث الدية، فهو في سنة، كما يلزم العاقلة في السنة الأولى.

فإن زاد على ثلث الدية، فثلث الدية في سنة، والزيادة في سنة أخرى؛

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٤٧؛ المنهاج ص٤٩٢؛ رحمة الأمة ص٢٢٢.
(٢) «أخرجه الأئمة الستة» كما قال الزيلعي في نصب الراية، ٣٩٩/٤.




لأن الزيادة علىٰ الثلث من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية من الدية ، فكذلك إذا انفرد.

فإن زاد علىٰ الثلثين ، فالثلثان في سنتين ، وما زاد علىٰ ذلك في السنة الثالثة قياسًا علىٰ ما يلزم العاقلة في السنة الثالثة.

قال ابن سماعة وبشر وعليّ بن الجعد عن أبي يوسف: والمُوْضِحَة في الوجه والرأس ، ولا تكون الآمة إلا في الرأس [٣٤٢/ب] ، وفي الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلىٰ الدّماغ ، وهذا علىٰ ما قد بيَّنّا.

قال: والصغيرةُ والكبيرةُ في ذلك سواء ، (لقوله ﷺ: «**في الموضحة خمس من الإبل**» ، ولم يفصل بين الصغيرة والكبيرة)[١].

قال: ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ، ولا تكون إلا فيما يصل إلىٰ الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين ؛ وذلك لأن الجائفة: هي الجراحة النافذة إلىٰ الجوف ، فما لا ينفذ إليه لا يتناوله الاسم.

وقال بشر عنه: وفي كل ما وصل من الرقبة إلىٰ الموضع الذي لو وصل إليه الشراب كان مفطرًا ، وما فوق ذلك فليس فيه جائفة ؛ لأن ما يفطر بوصول الشراب إليه ، فهو في حكم الجوف ، فإذا وصلت الجراحة إليه فهي جائفة.

قال: وكل ما وصل إلى الفم ، ففيه حكم عدل ، وليس بجائفة ، وهذا كما قدمنا.

قال: ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين جائفة ؛ [لأنها لا تصل إلىٰ

(١) ساقطة من ج.

الجوف، فإن كانت الجراحة بين الأنثيين والدُّبر حتىٰ تصل إلىٰ الجوف، فهي جائفة][1] لما قدمنا أن الجائفة اسم مشتق فيما وصل إلىٰ الجوف.

قال: وكل موضع يكون فيه موضحة، ففيه منقلة وهاشمة وسمحاق وباضعة ومتلاحمة ودامية، وإنما ذلك في الرأس، والجبهة والصُّدْغَين[2] واللحيين وموضع العظم من الخدين والذَّقَن، وهذا قد بيّناه.

قال أبو الحسن: وليس في الجراح شيء له أرش معلوم غير الجائفة، فإن فيها ثلث الدية، فإن نفذت الجراحة إلىٰ الجانب الآخر، ففيها ثلثا الدية، وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«في الجائفة ثلث الدية، فإذا نفذت إلىٰ الجانب الآخر، فهي جائفتان، ففي كل واحدة منها ثُلُثُ الدية»**[3].

وقد روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلىٰ الجانب الآخر بثلثي الدية بحضرة الصحابة من غير خلاف[4].

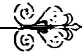


(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من الأصل، وزيدت من ج.

(٢) «الصُّدْغ: ما بين لحظ العين إلىٰ أصل الأذن، والجمع أصْداغ، ويسمىٰ الشعر الذي تَدَلَّىٰ علىٰ هذا الموضع صُدْغًا». المصباح (صدغ).

(٣) أخرجه عبد الرزاق من قول أبي بكر، وعطاء ومجاهد، ٩/٣٩٨؛ كنز العمال، ١٥/٤٣.

(٤) انظر: الأصل ٦/٥٥٤، ٥٦٠، ٥٧٨ وما بعدها.

بَابُ
ما تجبُ فيه الحكومة وليس له أرش معلومٌ



قال ابن سماعة عن أبي يوسف: في الضلع إذا كسر حكم عدل، وكذلك الترقوةُ، وكذلك كسر كل عظم فيه حكم عدل، علىٰ قدر ما يرىٰ الحاكم بعد نظر ذوي عدل من أطباء الجراحات ومن يعالج الكسر[١].

وقال في الأصل: في أنف الرجل إذا كسر حُكُومة[٢].

والأصل في هذا الباب: أنه لا قصاص في شيء من العظم، إلا في السن خاصة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا قصاص في عظم**»[٣]؛ ولأن المماثلة لا تمكن في كسر العظم؛ لأنا لا نعلم[٤] أنا نكسر مثل ما كسر الضارب، وما لا مماثلة فيه، لا يجب فيه القصاص، فإذا سقط القصاص وليس له أرش مقدر؛ لأن تقدير الأرش يعلم من جهة الشرع، وما [لم][٥] يقدر ذلك في الشرع، رجع إلىٰ حكم عدل.

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٧٩ وما بعدها.

(٢) حُكُومة: «ترد في اللغة بمعنىٰ رد الظالم عن الظلم، وإنصاف ذي الحق، واصطلاحًا: «يَرد في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة، ولا تعرف نسبتها مما فيه دية مقدرة»». معجم المصطلحات الاقتصادية (حكم).

(٣) قال ابن حجر: «روي [ذلك] عن ابن مسعود وابن عمر... لم أجده»؛ وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: «ليس في شيء من العظام قصاص»، ٥/٣٩٤.

(٤) في ج (لا نحكم).

(٥) في الأصل (وما يقدر)، وما بين المعقوفتين زيدت لاقتضاء السياق.

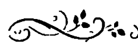
فأما السن، فيجب فيه القصاص، لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأن المماثلة يمكن فيه؛ لأنه ظاهر، فإن كسر بعضه أخذ من سن الكاسر بالمِبْرَد[١] مثل ما كسر.

فإن قلعه، لم يقلع سِنَّه؛ لأنا لا نأمن أن يؤدي إلىٰ أكثر مما فعل، ولكنا نأخذ سِنَّه بالمبرد إلىٰ أن ينتهي إلىٰ اللحم، ويسقط ما سوىٰ ذلك.

قال: وفي ثديَي الرجل حكومة عدل، وفي أحدهما نصف ذلك الحكم، وفي حلمة ثدييه حكم عدل دون ذلك، وهو قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن ثدي الرجل ليس فيه منفعة ولا زينة كاملة، ألا ترىٰ أنه ليس بظاهر، فلم يتقدر أرشه، فوجبت فيه الحكومة.

قال: وفي لسان الأخرس، وذَكَر الخَصِيّ، والعين القائمة الذاهب نورها، والسن السود القائمة، واليد الشلاء، والرجل الشلاء، حكم عدل؛ وذلك لأنه لا منفعة في هذه الأعضاء، والمقصود منها المنفعة، فإذا عدمت لم يتقدر أرشها، وصارت كما لا منفعة فيه من الأجزاء.

ولا يجوز أن يقال: إن فيها زينة؛ لأن الأعضاء التي يقصد منها المنفعة الزينة فيها تبع، فلا يتقدر الأرش لأجلها؛ ولأن الزينة فيها ليست بكاملة، ألا ترىٰ أن العين القائمة يتجمل بها الإنسان عند من لا يعرف حالها، فأمّا من يعرف حالها، فلا جمال فيها، وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرش.



(١) «المِبْرَدُ: أداة بها سُطوح خَشِنة، تستعمل لتسوية الأشياء أو تشكيلها بالتَّأَكُّل أو السَّحْل». المعجم الوجيز (برد).

٢٤٤٢ - [فَصْل: الأرش في شجةٍ التحمت]

قال أبو حنيفة: سِنّ الصبي الذي لم يثغر لا شيء فيه، وقال أبو يوسف: فيه حكومة.

لأبي حنيفة: أن سن الصبي معرضة للسقوط، فإذا قلعه ونبت فلم يفت عليه منفعة ولا زينة، فلم يجب الأرش.

لأبي يوسف: أن الألم قد حصل، فوجب أن يلزمه حكومة لأجل الألم.

وقد قالوا فيمن شَجَّ رجلاً فالتحمت الشجة ونبت الشعر: إنه لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة؛ لأن الأرش إنما يجب بالشَّيْن الذي يلحق بالأثر، وقد زال ذلك، فسقط الأرش.

وقال أبو يوسف: عليه حكومة عدل في الألم، وهذا ليس بصحيح؛ لأن مجرد الألم لا يتعلق به ضمان، كمن ضرب رجلاً ضربًا وجيعًا.

قال محمد: يلزمه أجرة الطبيب؛ لأن الجاني صار السبب في إلزام هذا الغرم، فكأنه أخذه من ماله، فأتلفه، وهذا ليس بصحيح؛ لأن المنافع لا تتقوم عندنا إلا بعقد أو شبهه، ولم يوجد في حق الجاني عقد ولا شبهه، فلم تتقوم أجرة الطبيب في حقه، فمسألة السن فرع على هذا الأصل، ولم يذكر فيها قول محمد؛ لأنه غُرم يلزم فيها.

وأمّا سِنّ البالغ إذا قلعها فنبتت مكانَها، قال أبو حنيفة: لا شيء فيها؛ لأن السن لا يستأنى فيها، وإنما يستأنى لينظر ما يكون في حالها، فإذا نبت، فقد عاد الجمال والمنفعة على ما كان عليه، فصار كسن الصبي.

وقال أبو يوسف: عليه الأرش كاملاً؛ لأنه أتلف السن بجنايته، وما نبت إنما هو عوض عوّضه الله تعالىٰ، فلا يسقط الضمان عن الجاني كمن أتلف مالاً لغيره، فرزقه الله تعالىٰ، وكمن قطع شجرة فنبتت.

وفرق أبو يوسف بين سن الصبي وسن البالغ؛ لأن سن الصبي [٣٢٥/أ] معرّض للسقوط، فلم يجب في قلعها [الضمان إذا عادت][1]، فكأنها انقلعت بنفسها، وسنّ البالغ غير معرّض للسقوط، فتعلق بها الضمان.

وقد قالوا: فيمن قلع سن غيره، فأخذ [ها] صاحبها فردها مكانها، فنبتت ونبت عليها اللحم، فعلىٰ القالع الأرش[2] بكماله؛ وذلك لأن هذا النبوت لا يعتد به، ولا يعود إلىٰ ما كان عليه، ألا ترىٰ أن العروق لا تعود؛ ولأن السن في حكم الميتة.

قال محمد: إن كان أكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها[3]، فلم يكن عوضًا عن التالف، وقال أبو يوسف: في سن نفسه إذا أعاده يجوز الصلاة فيه، وفي سن غيره لا يجوز، قال: وبينهما فرق لا يحضرني.

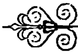
وعلىٰ هذا، إذا قطع أذنه فخاطها والتحمت؛ لأنها لا تعود إلىٰ ما كانت عليه.

وقال أبو حنيفة في الظّفر: إذا نبت كما كان فلا شيء فيه، وإن لم ينبت

(١) ما بين المعقوفتين مزيدة من ب وج وساقطة من أ، وهكذا كل ما يذكر بين [ﷺ]، فلا داعي لتكرار التعليق لكي لا تطول الهوامش بما لا داعي لتكراره.

(٢) الأرش: «دية الجراحات، والجمع أروش»، هو ما وجب من المال في الجناية علىٰ ما دون النفس. كما في معجم المصطلحات الفقهية.

(٣) في ب (معها).




ففيه حكومة عدل ؛ لأنه إذا نبت فقد عادت المنفعة والزينة ، وإذا فاتت فقد فوت عليه المنفعة والزينة ، إلا أنه ليس له أرش مقدر ، فيجبُ فيه حكومة .

قال: وإن نبت على عيب ، ففيه حكومة عدل دون ذلك ؛ وذلك لأن النابت عوض عن الذاهب ، فكأن الظفر الأول باق ، وقد دخله عيب ، فيلزمه حكومة ، وكذلك قال أبو يوسف: إذا نبت أسود ففيه حكومة عدل بجراحته الأولى ، ولما أصاب من ألم ذلك ، وهذا على أصله: أن الألم يتقوّم .

قال في الأصبع الزائدة والسن الزائدة: حكم عدل ؛ وذلك لأنه لا منفعة فيها ولا زينة ، فلا يجب بها أرش مقدر .

ولا يقال: فيجب أن لا يلزم بها شيء ؛ لأنها جزء من البدن ، وأجزاء البدن تتقوّم مع عدم المنفعة والزينة .

قال: وَذَكَر العِنِّين[1] كذَكَر الخَصِيِّ[2] ؛ لأن المقصود من هذا العضو منفعة الإنزال والإحبال ، فإذا عدمت هذه المنفعة منه صار كاليد الشلاء .

قال: وإذا بدأ فقطع الذكر ثم الأنثيين من الصحيح خطأ ، ففي ذلك دِيّتان ، وإن بدأ بالأنثيين ثم الذكر ، ففي الأنثيين الدِّية ، وفي الذكر حكم العدل ، وإن قطعهما جميعاً من جانب ، ففيها دِيّتان ؛ وذلك لأن الذكر والأنثيين تجب لكل واحد منهما دية كاملة إذا كانت منفعته كاملة ، فإذا بدأ بقطع الذكر ، فقد قطعه مع كمال منفعته ، فيجب كمال أرشه ، فإذا قطع الأنثيين بعده فمنفعتهما كاملة ؛ بدلالة

---

(١) العُنَّة: اسم من العِنِّين: وهو الذي لا يقدر على إتيان النساء ، من عُنَّ إذا حبس ، أو من عَنَّ إذا عرض . انظر: المغرب (عنن) .

(٢) «والخَصِيّ: مقطوع الخَصْيتين» . المغرب (خصى) .

أن المقصود منها الإنزال، وذلك يوجد مع فقد الذكر، فلم ينقص ديتهما مع فقد الذكر.

وأما إذا بدأ بقطع الأنثيين فقد قطعهما ومنفعتهما كاملة، فيجب فيهما الدية، ومنفعة الذكر عدمت بقطعهما؛ لأنه لا يوجد الإنزال والإحبال، فقد قطعه وليس له منفعة كاملة، فلم يقدر أرشه.

وأما إذا قطعهما معًا من جانب، فقد حصل القطع في حال واحدة، فلكل واحد منهما منفعته كاملة، فوجب فيهما ديتان.

قال: وذَكَرُ الصبي وعَيْنُه ويَدُه ورِجْلُه ـ يعني: الصغير الذي لم (يمش)[1] ولم يقعد ـ، وفي لسانه وأنفه وأذنه، ففي الأنف، دية كاملة، وكذلك أذناه، وكذلك يداه ورجلاه إذا كان يحركهما، وكذلك الذكر إذا كان يتحرك.

فأما العينان فكل شيء يستدل به على بصرهما[2] فهي مثل عين الكبير البصير.

وأما لسانه، ففيه حكم [عدل] لاتتمّ دية اللسان حتىٰ يتكلم الصبي.

وأما المارن[3] والأُذُن، فالمقصود منهما الجمال دون المنفعة، وذلك يوجد في الصغير فكماله كالكبير.

وأما الأعضاء التي يقصد منها المنفعة، فلا يجب فيها أرش كامل حتىٰ يعلم صحتها؛ وذلك يعلم في بعضها بالحركة: وفي اللسان بالكلام، وفي العين بما

(١) في أ (يمرد) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

(٢) في أ (تصرفهما) والمثبت من ب، والسياق يدل علىٰ صحته.

(٣) المارن: ما لان من طرف الأنف، كما في المعجم الوسيط (مَرِن).




يستدل به على النظر، إذا وجد ذلك فقد أتلف منفعة كاملة، فيلزمه كمال الأرش، وإذا لم يوجد ذلك، فلا يعلم [كمال] الصحة، فلا يلزمه الأرش الكامل [بالشك][1].

ولا يقال: إن الأصل الصحّة؛ لأن هذا ظاهر، والظاهر لا يستحق بها على العين؛ ولأن هذا الظاهر يقابله مثله، وهو أن الأصل براءة ذمة الجاني.

قال: وفي سن الصبي إذا لم يثغر ولم ينبت ديتها كاملة؛ لأنه فَوَّتَ عليه المنفعة الكاملة؛ لأنه لا منفعة في السِّنِّ إلا أن تكون موجودة صحيحة، فالصغير والكبير في ذلك سواء، وإنما يسقط عنه الأرش في الصغير بعود السِّنِّ، فإذا لم تعد صار كالكبير.

قال: وإذا حلق رأس الرجل فنبت أبيض، فإن أبا يوسف قال: فيه حكومة عدل، وقد قال أبو حنيفة: ليس فيه شيء، وإن كان عبداً ففيه ما نقصه.

لأبي حنيفة: أن الشيب ليس بعيب في الأحرار، وإنما هو جمال، وما لا يعد عيبًا لا يجب فيه أرش، وأما العبد فإن ذلك ينقص ثمنه في العادة، فيقوَّم على الجاني.

لأبي يوسف: أن المقصود من الشعر الزينة، والزينة معتبرة في الأحرار أكثر مما يعتبر في العبيد، فإذا تقوّم هذا في العبد، ففي الحر أولى.

وقال أبو يوسف في الذَّكَر المقطوع الحَشَفَة[2]: حكومة (عدل)[3]؛ (لأن

(١) في أ (فلا يعلم الصحة الكاملة بالشك) والمثبت من ب.
(٢) «الحَشَفة: ما فوق الخِتان من رأسِ الذَّكَر». المغرب (حشف).
(٣) ساقطة من ب.

منفعة الوطء لا تزول)[1]، والإنزال يزول بذهاب الحشفة، وفوات منفعة العضو الذي يقصد منه المنفعة يسقط تقدير أرشه.

وكذلك الأنف المقطوع الأرنبة؛ لأن المقصود من الأنف الجمال، إذا قطعت الأرنبة نقص جماله، فلم يكمل أرشه.

وكذلك في ثدي المرأة المقطوع الحَلَم؛ لأن منفعة الثدي الرضاع، وذلك يبطل بقطع الحَلَمة.

وكذلك الكَفّ المقطوع الأصابع؛ لأن المقصود باليد العمل، وذلك لا يتأتىٰ مع فقد الأصابع.

وكذلك الجَفْن الذي لا أشفار فيه؛ وذلك لأن التقدير يتعلق بالأشفار والجَفْن تَبَع، ألا ترىٰ أنه لو أزال الأشفار وجب الأرش المقدر، ولو قطع الجفن معها كان كذلك، فصار كالكف مع الأصل.

قال: وكذلك إذا كان الجاني علىٰ الجفن واحد، وعلىٰ الشعر [من الجفن][2] آخر؛ لأن الذي أزال الشعر وجب عليه الأرش الكامل، فالذي قطع الجفن قطعه وهو ناقص، فوجب [عليه] الأرش ناقصًا، ولا يختلف هذا بالبرء وعدم البرء؛ لأن ذلك يعتبر في جناية الواحد، ألا ترىٰ أن سرايتها مترقبة.

فأما جناية الاثنين: فقد قطعت جناية الثاني حكم سراية فعل الأول، فكأنه جنىٰ بعد البرء[3].

---

(١) في ب (وذلك لأن منفعة الوطء والإنزال تزول) والمثبت من أ لأن السياق يدل علىٰ ذلك.

(٢) الزيادة من ب والسياق يدل عليها.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٥٤، ٥٥٥.

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ بعد هذا حديث عمر: أن النبي ﷺ قال: «**في الأنف إذا استوعب جدعه الدية**»[١]، وعن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «**في الموضحة خمس**»[٢].

وعن عكرمة بن خالد، عن رجل من آل عمر قال: **قضىٰ رسول الله ﷺ** [٣٢٥/ب] **في الذكر الدية، وفي الأنف إذا استوعب مارنه الدية، وفي اللسان الدية، وفي الرِّجْل خمسون، وفي اليد خمسون، (وفي العين خمسون)[٣]، وفي الجَائِفَة[٤] الثلث، وفي الآمَّة الثلث، وفي المُنَقِّلَة خمس عشرة، وفي المُوْضِحَة خمس، وفي السن خمس، وفي كل أصبع مما هنالك عشر**[٥].

وذكر حديث [ابن] عاصم، عن علي رضوان الله عليه أنه قال: (في الحاجبين الدِّيَة، وفي الأنثيين الدية، وفي العين النصف، وفي الرِّجل النصف، وفي اليد النصف، وفي إحدىٰ الشفتين النصف، وفي اللسان الدية، وفي الذَّكَر الدية، وفي العَيْنَيْن الدية، وفي الشفتين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرِّجْلَين الدية، وفي الأُذُنين الدية، وفي الآمَّة وفي الجائفة الثلث، وفي المُنَقِّلَة خمس عشرة، وفي الأصابع عشر عشر، وفي المُوْضِحَة خمس من الإبل، وفي الأسنان خمس، وفي الهَاشِمَة عشر من الإبل)[٦].

---

(١) أخرجه البزار (١٣٥١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦٨/٨؛ والهيثمي في المجمع (٢٩٦/٦).

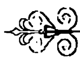
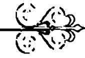
(٢) ذكره ابن أبي شيبة (٢٦٧٨٨)؛ وعبدالرزاق في مصنفه (٢٦٧٨٦).

(٣) الجائفة: الطعنة التي تبلغ الجوف، أصلها جوف، المعجم الوجيز (جوف).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ ولكن ورد في مسند البزار بلفظ قريب بزيادة ونقصان (٢٦١).

(٦) أخرجه البيهقي متفرقًا في الكبرىٰ، ١٧/٨، وأورد المواضح كلها في حديث عمرو بن حزم الطويل؛ وابن حزم في المحلىٰ (كاملاً) ٤٤٢/١٠؛ وأوردها الآخرون في حديث عمرو بن حزم.

وذكر الحكم عن علي رضي الله عنه قال: في السمحاق أربع من الإبل.

وذكر حديث عكرمة عن ابن عباس قال: (جعل رسول الله ﷺ دية المعاهدين مثل دية الحر المسلم، وكان لهما عهد)(١).

وذكر عن معمر عن الزهري قال: دية المعاهد كدية المسلم، قلت له: بلغني عن سعيد أنه [قال] كذا وكذا، وقال الزهري: خير الأمور ما عرض على كتاب الله، قال الله عز وجل: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢]، فإذا أعطيته [ثلث] الدية (فقد سلمتها)(٢).

قال معمر: وقال الشعبي والنخعي مثل قول الزهري: الدية تامة.

قال أبو الحسن: قول الزهري: قد سلمتها، الدية على التقدير على السائل، المعنى: لقد سلمتها إليه.

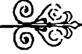
وذكر ابن عيلة عن أيوب قال: سمعت الزهري يقول: دية المعاهد، دية المسلم، وكان يتأول هذه الآية: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِۦ﴾ الآية [النساء: ٩٢](٣).

---

(١) الحديث بهذا اللفظ ورد (العامريين)، وإنما أخرج البيهقي من وجه آخر بلفظ (دية المعاهدين دية المسلم)، وقال: «فأبو سعد هذا سعيد بن المرزبان البقال، لا يحتج»، السنن الكبرى للبيهقي ١٠٢/٨؛ انظر ما قيل في الحديث: نيل الأوطار للشوكاني ٢٢٤/٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٠٧/٥؛ وابن عبد البر في الاستذكار من حديث ابن أبي شيبة ١١٩/٨؛ انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٤٦٧.
انظر: الأصل ٥٥١/٦، ٥٥٤، ٥٥٥.

بَابُ
ما يدخل من جناية الشجاج بعضه في بعض وما لا يدخل



قال أبو الحسن رحمه الله: ولو أن رجلاً شجَّ رجلاً، فذهب من ذلك بصره، أو سمعه، أو كلامه، أو شعره فلم ينبت، أو عقله، فإن أبا حنيفة قال: عليه دية في ذهاب شعره وعقله، ولا شيء عليه في الموضحة، دخل أرش الموضحة في الدية، ولا يدخل أرش الموضحة في غير هذين، ويكون في السمع أو البصر أو الكلام؛ لأنها ذهبت بالشَّجَّةِ أرش الشجة والدية، وكذلك قال محمد.

وقال أبو يوسف في رواية الإملاء: رواها بِشْر وعَلِيّ مثل ذلك.

وروىٰ عنه ابن زياد: أن الشجة تدخل في [دية] السمع، وقال في الجوامع: تدخل في السمع والكلام أيضًا، ولا تدخل في البصر خاصة.

وقال الحسن بن زياد: ولا يدخل في ذلك أرش الشجة (إلا)[1] في الشعر.

وقال زفر: لا يدخل أرش الشجة في شيء من ذلك شعر ولا غيره، أمَّا إذا أوضحه فذهب شعره ولم ينبت، فعليه الدية، ويسقط أرش الموضحة؛ وذلك لأن أرش الموضحة يجب بفوات جُزء من الشعر، (ألا ترىٰ أن الشعر لو نبت سقط أرش الموضحة، والدية وجبت بفوات الشعر)[2]، وقد تعلقا جميعًا بسبب واحد، فيدخل الجزء في الجملة، كمن قطع أصبع رجل فشلت يده.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ب.

وجه قول زفر: أن المُوْضِحة والشعر كل واحد منهما جناية فيما دون النفس، فلا يدخل أحدهما في الآخر كسائر الجنايات.

وأما إذا ذهب العقل، فوجه قولهم: أن منفعة العقل تتعلق بجميع البدن، فإذا فات فاتت المنفعة من جميع الأعضاء، ألا ترىٰ أن أفعال المجنون لا تترتب كأفعال البهائم، فصار كمن أوضح رجلاً فمات، لمّا كان الموت يبطل جميع المنافع، دخلت الموضحة فيه، فكذلك العقل.

وجه قول الحسن: (أن الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما والمقصود بهما، فلم يدخل أحدهما في الآخر)[١] كأرش اليدين.

وأما إذا ذهب السمع والبصر والكلام، فوجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن منفعة كل واحد من هذه الأشياء يختص به خاصة، فلا يتعدىٰ إلىٰ غيره، فلم يدخل في أرش الشجة (كجناية)[٢] اليد.

وقد قدمنا ما روي عن عمر: أنه قضىٰ في شجة واحدة بأربع ديات.

لأبي يوسف: أن السمع والكلام باطن، فدخل أرش الموضحة فيه كالعقل، وليس كذلك البصر؛ لأنه ظاهر، فهو كاليد والرجل، وهذا الفرق (يبطل بالسمع)[٣].

فإن قيل: إذا أوجبتم بالسمع دية، وبالبصر دية، وبالكلام دية، ولو أدّت

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.
(٢) في أ (كجفاف).
(٣) في ب (يسقط بالشعر) والمثبت من أ.

الشجة إلىٰ الموت، لم تجب إلا دية واحدة، والموت أعظم من ذلك.

قيل له: الموت: هو فوات الجملة، وهذه الأشياء تبع للجملة، فيدخل التبع في المتبوع، فأما إذا لم يمت، فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للآخر، فلا يدخل في أرشه.

فإن قيل: من أين يعلم ذهاب السمع والشمّ والكلام والبصر؟

قيل له: قد يعلم ذلك باعتراف الجاني [وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين، وقد يعرف بالبصر بأن ينظر إليه عدلان من الأطباء](١)؛ لأنه ظاهر يعرف عيبه، فأما السمع فيستغفل المدعي بذهاب سمعه، كما روي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة: أن رجلاً ضرب امرأة فادّعت عنده ذهاب سمعها، فتشاغل عنها بالنظر في القضاء، ثم التفت فقال: يا هذه غطي عورتك، فجمعت، فعلم بذلك أنها كاذبة في دعواها.

ومن أصحابنا من قال: إذا ادَّعَىٰ الإنسان أنه قد عَمِيَ، [جعلت بين يديه حية](٢) ليختبر حاله بها.

وأما الكلام، بأن يستغفل حتىٰ يسمع كلامه أو لا يسمع، وأما الشَّمّ، فيختبر بالروائح الكريهة، فإن ظهر فيه تَجَمّعٌ منها، علم أنه كاذب.

وقد روي أن محمدًا قال: في الشم الدية؛ لأنه فوت منفعة مقصودة، وهو إدراك الروائح الطيبة، فقيل له: وحصول منفعة، وهو المنع من شم الروائح

---

(١) في أ (وتصديقه من الأطباء) والمثبت من ب.

(٢) في أ (حفرت بين يديه) والمثبت من ب وكلا المعنيين صحيح.

الكريهة، فقال: إن الملوك لا يرضون بهذا، يعني: أنهم يتمكنون من تجنب الروائح الكريهة، فلا يحتاج في تجنبها إلى آفة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وسواء كانت هذه الأشياء كلها ذهبت بالشَّجَّة، أو ذهب بعضها دون بعض، الاجتماع في هذا والانفراد سواء، وهو على ما أخبرتك: إن كان في جملة ما ذهب بالشجة ما يدخل فيه أرش الشجة، دخل، وإن لم يكن ما يدخل فيه [٣٢٦/أ] أرش الشجة، فعليه أرش الشجة مع الدية؛ وذلك لأن التداخل ليس هو للكثرة، وإنما هو لمعنى آخر، وليس في اجتماع ذهاب هذه المنافع أكثر من زيادة الأرش.

قال: ولا يدخل من ديّات هذه الأشياء بعض في بعض، إلا أن تكون عن الجناية للموت، فيسقط ذلك كله، ويكون على الجاني الدية، إن كان الأول خطأ فعلى عاقلته، وإن كان عمدًا فدية النفس في ماله، وكل ذلك في ثلاث سنين وجب على العاقلة أو في المال؛ وذلك لأن السمع والبصر والكلام قد بيّنا أن كل واحد منهما ليست بتابع للآخر، فلا يدخل في أرشه، وجميع هذه الأشياء تابعة للنفس، فيجوز أن يدخل في أرشها.

فأما الخطأ، فهو على العاقلة على ما قد بيّناه.

فأما العمد الذي لا قصاص فيه، ففي مال الجاني لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (لا تحمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا)[1].

---

(١) الحديث أخرجه البيهقي عن عبد الله بن عباس، وقال: «لا يصح عن عمر رضي الله عنه، وإنما يصح عن الشعبي، والرواية فيه عن ابن عباس على ما حكى محمد بن الحسن». السنن الكبرى ٨/١٠٤؛ ورواه عبد الرزاق عن الشعبي في مصنفه ٩/٤٠٨؛ انظر ما قيل في الحديث: التلخيص ٤/٣١، ٣٢.

وأما وجوبه في ثلاث سنين؛ فلأنها دية وجبت بنفس الفعل، كدية الخطأ وشبه العمد.

قال: وسائر الشجاج في هذا سواء، سواء كانت الشجة موضحة، أو هاشمة، أو مُنَقِّلة(١)، أو آمّة(٢)؛ وذلك لأن أرش هذه الشجاج يجب بفوات الشعر كالموضحة، فيدخل في دية الشعر، وكذلك في دية العقل؛ لأنه يجري مجرىٰ دية النفس.

قال: فإن كانت آمّتين أو ثلاثًا، فكذلك؛ لأن الثلاث أوام يجب فيها دية، وفي شعر الرأس دية، وكذلك في العقل، فإذا كانا مثلين دخل أحدهما في الآخر.

قال: فإن كانت أربعة أوام، فذهب منها عقله، لم يدخل أرش الشجاج أكثر من الدية، كان فيها دية وثلث في كل سنة الثلث.

قال أبو يوسف: أنظر إلىٰ الأوام وإلىٰ دية العقل، فأجعل عليه أكثر من ذلك.

وقال زفر: عليه دية وثلث؛ وذلك لأن أرش الأوامّ إذا زاد علىٰ الدية لم يجز أن يدخل فيها؛ لأن الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس، فوجب الأكثر من الأمرين.

وأما زفر، فمن أصله: أنه لا يدخل في أرش الشجاج شيء مما ذهب.

وقال ابن سماعة وبِشْر وعَلِيّ عن أبي يوسف: إن لم يسقط بالموضحة إلا

(١) المُنَقِّلَةُ: الشَّجَّةُ التي تخرج منها كِسَرُ العظام؛ المعجم الوسيط (نقل).

(٢) الآمَّةُ: الشَّجة بَلغت أُمَّ الرأْس، وأصلها أم وجمعها: أَوَامّ، المعجم الوسيط.

شيء يسير لا يبلغ أرش الموضحة، جعلت عليه أرش الموضحة وأدخلت الشعر فيه؛ وذلك لأن الموضحة والشعر قد بينا أنهما يجبان لمعنىً واحد، فكما يدخل الموضحة في أرش الشعر إذا كانت أقل منه، كذلك الشعر يدخل في الموضحة إذا كان أقل منها.

قال: ولو شجّ رجل رجلاً في حاجبه موضحة (خطأ)[١]، فسقط فلم ينبت، جعلت عليه نصف الدية، وأدخلت أرش الموضحة في ذلك؛ وذلك لأن أرش الموضحة إنما يجب بالشَّيْن، وذهاب الحاجب يتعلق به نصف الدية كذلك، فيدخل أرش الموضحة فيه كما يدخل شعر الرأس، [قال الشيخ][٢]: وهذه المسائل إنما هي في الشجاج الخطأ.

فأما إذا كانت الشجة عمدًا، فذهب منها الشعر أو العقل أو السمع أو غيره، فهو على خلاف محمد فيمن قطع أصبع رجل عمدًا فشلت إلى جنبها أخرى، ونحن نبيّن ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى[٣].



---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) الزيادة من ب والسياق يدل عليها.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٥٤، ٥٧٨، ٥٧٩؛ مختصر القدوري ص٤٥٢، ٤٥٣.

بَابُ
الكفِّ تقطعُ وفيها بعضُ الأصابعِ

قال: وإذا قطع اليد وفيها أصبع واحد، فعليه دية الأصبع، وليس عليه في الكفِّ شيء، وكذلك إذا كان فيه اثنان، أو ثلاث، أو أربع، ففي ذلك دية الأصابع، ولا شيء في الكف وهي تَبَع للأصابع، وهذا قول أبي حنيفة.

قال بِشْر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: قال أبو حنيفة: إذا بقي شيء يكون له أرش معلوم، دخلت الكف فيه.

فيكون في قياس قوله: إن بقي ثلث أصبع ـ يعني: مَفْصِلاً من أصبع فيها ثلاث مفاصل ـ، فقطع إنسان ما بقي من الكف، [فلليد ثلث خمس دية الكف][1].

وقال محمد في الأصل: إذا قطعت الكف بالأصبعين، ففيها خُمُسا الدية، وهذا قول أبي حنيفة: ما بقي من الأصابع شيء، ولو مَفْصِل واحدة.

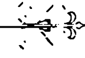
قال بِشْر وعَلِيّ وابن سماعة عن أبي يوسف: إذا بقي نصف الإبهام، أن قياس قول أبي حنيفة: أن ينظر إلىٰ ما بقي من الكف، وإلىٰ دية نصف الإبهام، فأيهما كان أكثر لزم، ودخل القليل في الكثير.

وقال محمد في الأصل على نفسه وعن أبي يوسف: ينظر إلى الكف وإلى أرش ما بقي من الأصابع، فيدخل أقلهما في أكثرهما، وكذلك رواية جامع الصغير[2].

---

(١) في أ (فعليه خمس الدية) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٩١.




قال: وجملة هذا: أنه إذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعدًا، وجب أرش الأصابع وسقط أرش الكف في قولهم؛ لأن بقاء أكثر الأصابع كبقاء جميعها.

وإن كان في الكف أقل من ثلاث أصابع وجب أرش ما بقي منها، ولو كان فيها مَفْصِل واحد عند أبي حنيفة.

وقال في الرواية المشهورة: يدخل القليل في الكثير أيّهما كان.

لأبي حنيفة: أن ما بقي من الأصابع له أرش مقدر، والكف ليس لها أرش مقدر، وهي متصلة بها، فتبعتها في أرشها كما تتبع في الأصابع.

ونظير هذا ما قالوا في أهل الخطة: ما بقي منهم واحد، فالقسامة عليهم دون المشتَريين، وكذلك قالوا: في الوصية لولد فلان ما بقي له ولد من صلبه، وإن كان واحدًا لم يدخل ولد الولد في الوصية.

وجه قولهما: أن القليل يتبع الكثير، والكثير لا يدخل في القليل، فوجبَ أن يعتبر الأكثر من الأمرين.

فأما الذي ذكره عن رواية ابن سماعة وعَلِيّ وبِشْر: أن قياس قول أبي حنيفة في نصف الإبهام إذا قطعت من الكف أن يدخل القليل في الكثير. فليس يَصِحّ، والظاهرمن قوله ماحكاه قبل ذلك عن بشر عن أبي يوسف: أن الكف تتبع ثلث المَفْصِل؛ لأن لها أرشًا مقدرًا.

ووجه ما ذكره ابن سماعة من اعتبار الأكثر: أن المَفْصِل ليس له أرش مقدر بنفسه، فضعف حكمه، والإصبع أرشها مقدر بنفسها، وقد كان قول أبي يوسف الأول: أن أرش الأصابع إذا كان أقل من أرش الكف، وجب أرش الكف




والأصابع، وإذا كان أرش الأصابع أكثر، دخل الكف فيه.

ووجه ذلك: أن الأصابع إذا كان أرشها أكثر، فقد قوي حكمها بالتقدير وبالكثرة، فتبعها الكف، وإذا كان أرش الكف أكثر، فقد قوي الكف [٣٢٦/ب] بالكثرة، وقويت الأصابع بالتقدير، فلم يتبع أحدهما الآخر.

وروي عنه: أن ما يلي (الأصابع الباقي من الكف يدخل في أرشها، ويجب فيما بقي من الكف حكومة)[١]؛ لأن الأصابع كلها لو كانت باقية، دخل الكف فيها على طريق التبع، ولو كانت كلها ذاهبة، وجب أرش الكف، فإذا ذهب بعضها وبقي بعضها، تبع الباقي ما يليه، وانفرد حكم بقية الكف بنفسه.

وقال أبو يوسف: إذا قطع الكف ولا أصابع فيها، فعليه حكومة لا تبلغ بها أرش أصبع؛ لأن الأصبع يتبعها الكف، والتبع لا يساوي المتبوع في الأرش.

وذكر أبو الحسن حديث عمرو: قال رسول الله ﷺ: «**وفي كل أصبع مما هنالك عشر عشر**»[٢].

وذكر حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «**هذه وهذه سواء**»[٣]، وأشار بأصبعه إلى خنصره والإبهام[٤].

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (عشر عشر من الأبل) ٩٣/٨؛ والدارقطني في السنن ٢٠٩/٣؛ والنسائي في (المجتبى) (هنالك عشر من الأبل) (٤٨٥٧)؛ ونحوه ابن أبي شيبة في المصنف ٣٦٨/٥.

(٣) أخرجه البخاري (٦٨٩٥)؛ وأبو داوود (٤٥٥٨)؛ والإمام أحمد في المسند (٣٢٢٠).

(٤) انظر المسألة: الأصل ٥٥٤/٦، ٥٥٥.

بَابُ
في الجَنين

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا ضرب الرجل بطن المرأة الحرة، فألقت جنينًا ميِّتًا، ففيه غُرّة عبد أو أمة يعدل خمسمائة، ذكرًا كان أو أنثىٰ هما سواء في الغرة، وهما علىٰ عاقلة الضارب(١).

وقد كان القياس عندهم: أن لا يجب علىٰ الضارب في الجنين شيء؛ لأنه يجوز أن يكون حيًّا، ويجوز أن تكون الحياة لم تخلق فيه، فلا يضمن بالشك؛ ولأنهم اتفقوا أن من ضرب بطن دابة فألقت جنينًا، كان عليه نقصانها، ولا شيء عليه في الجنين، فكذلك جنين الآدمية؛ ولأنه إن كان في حكم النفس وجب فيه دية كاملة، وإن كان في حكم الأعضاء لم يتقَوّم.

وإنما تركوا القياس لما روي في حديث المغيرة، قال: **كنت بين جارتين لي، فضربت إحداهما الأخرىٰ بعمود مسطح، فألقت جنينًا ميتًا، وماتت، فقضىٰ رسول الله ﷺ علىٰ عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين**(٢).

وروي أن عمر رضي الله عنه اختصم إليه في إملاص المرأة، فقال: نشدتكم الله، هل سمعتم من رسول الله ﷺ في ذلك شيئًا؟ [فقام] المغيرة فقال: كنت بين جارتين...، وذكر الحديث، وقال فيه: فقام عمُّ الجنين؟ قال: إنه أشعر، وقام

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٥٩.

(٢) رواه البيهقي في الكبرىٰ (٣٠٩٥) بلفظ: «كُنْتُ بَيْنَ جَارَتَيْنِ لِي، فَضَرَبَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ بِمِسْطَحٍ، فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، فَقَضَىٰ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِغُرَّةٍ».

والد الضاربة وقال: كيف ندي من لا أكل ولا شرب ولا صاح فاستهل، ودم ذلك يُطل، فقال النبي ﷺ: «**أسجع كسجع الأعراب**»[1]، وروي: «**كسجع الكهان، ففيه غرّة عبد أو أمة**»، فقال عمر: من يشهد معك بهذا؟ فقام محمد بن مسلمة فشهد، فقال عمر: كدنا أن نقضي فيه برأينا وفيها سنة عن رسول الله ﷺ، وقد روىٰ هذه القصة حمل بن مالك بن نابغة[2].

وروىٰ عبد الرحمن بن أبي مليح: أن رسول الله ﷺ قضىٰ في الجنين غرّة عبد أو أمة أو خمسمائة.

ولأن الضارب منع من الحياة، فوجب عليه الضمان، كالمغرور لما منع من حصول (العتق)[3]، ضمن قيمة الرق.

فأما الغرّة، فقال أبو عمرو بن العلاء: الغرة عبد أبيض، ومنه قولهم، غُرَّة الفَرَس إذا كان بجبينه بياضٌ، ومنه قوله ﷺ: «**أمتي يوم القيامة غر محجلون**»[4].

وقد قيل: إنه عبد جيّد، ومنه قيل لكبير القوم: غرّتهم، وقد قيل: إن الغرة اسم للعبد، وأنشدوا:

كـل قتيـل فـي كليـب غـرّه ❊ حتـىٰ ينـال القتـل آل مُـرّه[5]

وقد قيل: إنما سمّي غرّة؛ لأنه أول مقدار يظهر في الدية، كما سمّي أول

---

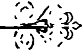
(١) أخرجه النسائي (٤٨٢٥)؛ والإمام أحمد في المسند (١٨١٤٩).

(٢) كما في رواية البيهقي في الصغرىٰ، ٧/١٢٨.

(٣) في أ (الرق) والمثبت من ب؛ لأن السياق يدل عليه.

(٤) رواه ابن حبان في صحيحه (١٠٤٩).

(٥) هذا البيت للمهلهل بن ربيعة التغلبي شاعر جاهلي

الشهر غرّة، ووجه الإنسان غرّة؛ لأنه أول ما يظهر منه.

وقد قال أصحابنا: إن الغرة مقدرة بخمسمائة، وقال الشافعي: بستمائة، وهذا مع اتفاقهم علىٰ أنها نصف عشر الدية، ولكن اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في الدية.

فعندنا: أن الدية عشرة آلاف، فالغرة خمسمائة، عندهم: أن الدية اثنا عشر ألفًا، فالغرة ستمائة[1].

وقد ذكرنا حديث عبد الرحمن بن أبي مليح: أن رسول الله ﷺ قضىٰ في الجنين غرة عبد أو أمة أو خمسمائة، وعن قتادة: أن قيمة الغرة خمسمائة.

ولأن النبي ﷺ لما أوجب الغرة، والحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتًا صحيحًا، فمن ثبت عليه بالخيار: إن شاء سلّمه، وإن شاء سلّم قيمته، وقد تقدرت القيمة بنصف العشر، كما تقدر في قيمة الإبل.

وأما قوله إنه استوىٰ الذكر والأنثىٰ؛ فلأن النبي ﷺ قضىٰ فيه بالغُرَّة ولم يفصل؛ ولأنه قد يتعذّر التمييز بين الذكر والأنثىٰ، فسقط اعتباره لتعذره في الغالب.

وأما وجوب الغرة علىٰ العاقلة؛ فلأن العاقلة قالوا للنبي ﷺ: (كيف ندي من لا أكل ولا شرب)، وهذا يدل علىٰ القضاء عليهم؛ ولأنه بدل عن النفس وإن لم يكمل، فهو كالدية.

وأما قوله: أن لا كفارة علىٰ الضارب؛ لأن القتل غير متحقق لجواز أن

---

(١) انظر: الأم ص١٢٠٧؛ منهاج الطالبين ص٤٨٣، ٤٩٤.

تكون الحياة لم تخلق فيه، والكفارة تتعلق بالقتل[١]؛ ولأن الكفارة لا يجوز إثباتها إلا بتوقيف أو اتفاق؛ ولأن النبي ﷺ لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة، [فدل على أنها لا تجب]، ولو وجبت لبيّنها.

قال: والغرة بين ورثة الجنين، وقال ليث: الغرّة لأم الجنين.

لنا: أن الغرة بدل عن الجنين، بدلالة أنها تعتبر به دون الأم، ألا ترى أن جنين أم الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة، فدل على أنه معتبر بنفسه، والبدل عن النفس يستحقه الورثة.

قال: ولا يرث الضارب منها شيئًا؛ لأنه قاتل، ولا حق للقاتل في الميراث.

قال: فإن ألقته حيًّا فمات، ففيه الدية كاملة على العاقلة، وعلى الضارب الكفارة، ولا يرث الضارب منها شيئًا؛ لأنها إذا وضعته حيًّا فقد صار قاتلاً للنفس، وقتل النفس يتعلق به كمال البدل، وعليه كفارة؛ لأنها تتعلق بقتل الخطأ، وقد علمنا أنه قاتل.

قال: فإن ألقت جنينين ميّتين، ففي كل واحد منهما غرّة.

فإن ألقتهما حَيَّيْن ثم ماتا، ففي كل واحد دِيَةٌ؛ وذلك لأن الضارب متلف للجنينين، ومن أتلف شخصين بضربة واحدة، (ضمن كل واحد منهما)[٢] بما يضمنه لو انفرد [كالكبير][٣].

قال: فإن ألقت أحدهما ميّتًا والآخر حيًا ثم مات، فعليه في الميت غرّة،

---

(١) في ب (بالقاتل) والمثبت من أ لدلالة السياق عليه.

(٢) ساقطة من ب.

(٣) في أ (كالطير والطيرين) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.




وفي الحي الديّة ؛ وذلك لأن (جمعهما في الإتلاف (١)» كإفراد كل واحد منهما ، فيعتبر في حال الاجتماع ما يعتبر في حال الانفراد.

[قال]: فإن ماتت الأم من الضربة ، وخرج الجنين حيًّا بعد ذلك ثم مات ، فعليه دية في الأم ، ودية في الجنين ؛ وذلك لأنه لما انفصل [عنها] حيًّا ، اعتبر حكمه بنفسه ، بدلالة أنه يجب فيه أرش كامل ، فصار كالقاتل لاثنين.

قال: وإن خرج بعد موتها ميتًا ، فعليه دية الأم ، ولا شيء في الجنين.

وقال الشافعي: يجب عليه في الجنين غرّة(٢). [٣٢٧/أ]

لنا: أن القياس يمنع من تقويم الجنين ، وإنما تركنا القياس للخبر ، وقد ورد فيمن ألقت جنينًا ، وذلك لا يكون إلا في حال حياتها حتىٰ يضاف الفعل إليها ، وما سوىٰ ذلك علىٰ أصل القياس.

ولأن الجنين في حكم الأعضاء ؛ بدلالة أنه لا يكمل أرشه ، والأعضاء إذا انفصلت بعد الموت لم تتقوّم.

قال: فإن ضرب بطن أمة فألقت جنينًا ميّتًا ، ففيه نصف عشر قيمته إن كان ذكرًا ، وعشر قيمته إن كان أنثىٰ.

وقال الشافعي: فيه عشر(٣) قيمة الأم.

وهذا فرع: [علىٰ] أن الجنين معتبر بنفسه دون أمه ؛ بدلالة ما بيّنا أن جنين

---

(١) في ب (جميعهما في الاختلاف).

(٢) انظر: الأم ص١٢١٠.

(٣) في ب نصف عشر والمثبت من أ.
«عشر قيمة أمه يوم جنىٰ عليها». الأم ص١٢١٢.




أم الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة، وكذلك جنين النصرانية عندهم إذا كان زوجها مسلمًا، يعتبر فيه ما يعتبر في جنين المسلمة.

ولأن ما يجب فيه موروث عنه، فلو اعتبرنا الأم، لكان لها كأرش أعضائها، وإذا ثبت أن الواجب فيه معتبر بنفسه، ومعلوم أن الواجب في الجنين خمسمائة ذكرًا كان أو أنثىٰ، وذلك عشر قيمة الأنثىٰ، ونصف عشر قيمة الذكر، والقيمة في الأمة كالدية في الحر، فوجب عشر قيمتها إن كانت أنثىٰ، ونصف عشر قيمته إن كان ذكرًا، بناءً علىٰ الحر.

ولا يقال: تفضيل الأنثىٰ علىٰ الذكر في الأرش خلاف الأصول؛ لأنهم سووا بينهما، والتسوية بين الذكر والأنثىٰ خلاف الأصل، فدل علىٰ أن الجنين أصل في نفسه.

قال: فإن خرج حيًّا ثم مات، ففيه قيمته؛ لأنه كامل في نفسه، فوجب بإتلافه كمال القيمة.

قال: وإن خرج بعد موتها حيًّا ثم مات، ففيه قيمته؛ لأنه إذا انفصل حيًّا، انفرد بنفسه ولم يتبع أمه، فإن خرج بعد موتها ميتًا، فلا شيء فيه، وهذا علىٰ ما بيّنا في جنين الحرة.

[قال]: وما وجب في جنين الأمة، فهو في مال الضارب، يؤخذ به حالاً من ساعته، وروىٰ ذلك مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف، وهو قول الحسن؛ وذلك لأن ما دون النفس من الرقيق ضمانه ضمان الأموال؛ بدلالة أنه لا يتعلق به قصاص بحال ولا كفارة، فضمان

(الأموال)[1] يكون حالاً في مال الجاني، ولا تتحمله العاقلة.

قال: وروى الحسن عن أبي يوسف: أن جنين الأمة إذا وقع ميِّتًا فلا شيء فيه، وهو قول الحسن، وكذلك روى ابن رستم عن أبي يوسف.

وروى هشام عن محمد: أن أبا يوسف قد قال: إن في جنين الأمة ما نقص الأم.

قال هشام: فأما محمد فلم يقل به، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثل قول (أبي حنيفة)[2] ومحمد.

وهذا فرع على اختلافهم: في أن الجناية على العبيد ضمانها ضمان الجنايات، أو ضمان الأموال.

فعند أبي حنيفة ومحمد: أن ضمانها ضمان الجنايات؛ ولهذا لا يزاد على الدية، والجنين ينفرد في الجناية بالأرش عن الأم.

فأما على مذهب أبي يوسف: فضمانها ضمان الأموال؛ ولهذا لا يتقدر عنده، ولا تتحمله العاقلة، فصار جنينها كجنين الدابة، تجب فيه ما نقص الأمة.

قال: فإن ضرب ضارب بطن امرأة حرة، فألقت جنينًا قد استبان بعض خلقه ولم يتم خلقه، ففيه ما في الجنين التام إذا سقط؛ وذلك لأن النبي ﷺ قضى في الجنين بالغرّة ولم يفصل، ولأنه إذا استبان بعض خلقه ولم يتم خلقه فقد علمنا أنه ولد، فهو كالكامل الخلق.

---

(١) في ب (المالك).

(٢) في ب (أبي يوسف).

قال محمد: ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتًا، إلا أن يشاء ذلك فهو أفضل، وليس ذلك عليه عندنا بواجب، وليتقرب إلى الله ﷻ مما صنع بما استطاع من خير، ويستغفر الله مما صنع، وهذا قول أبي يوسف.

وقولنا: وقد بيّنا سقوط الكفارة في الجنين؛ لأنا لا نعلم حياته، (والكفارة تتعلق بالقتل، فإن تطوع بها جاز؛ لأنه فعل فعلاً محظورًا، فعليه أن يتقرب)[1] بالكفارة بإسقاطه.

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالى حديث عكرمة عن ابن عباس قال: كانت امرأتان بينهما صخب، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فأسقطت سقطًا قد نبت شعره ميتًا، وماتت المرأة، فقضى على العاقلة بالدية، فقال عمها: يا رسول الله، إنها أسقطته قد نبت شعره، فقال أب القاتلة: إنه كاذب والله، ما استهل ولا عقل ولا شرب ولا أكل، ومثله يطل، فقال ﷺ: «**أسجع كسجع الجاهلية وكهانتها، إن في الصبي غرّة**»[2].

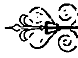
وذكر حديث المغيرة بن شعبة، قال: ضُرِبَت امرأة بعمود الفسطاط وهي حبلى فقتلها، فجعل رسول الله ﷺ دية المقتول على عصبة القاتل، وغرة لما في بطنها، فقال رجل من عصبة القاتلة: أنغرم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل، ومثل ذلك بطل، فقال ﷺ: «**سجع كسجع الأعراب**»، قال: وجعل عليهم الدية[3].

---

(١) ساقطة من ب.

(٢) رواه النسائي في سننه الكبرى (٦٩٩٧)؛ والدارقطني في سننه بلفظ يشبهه (٣٤٤٤)؛ والحديث في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة (١٦٨١).

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٥٧.




بَابُ
أُرُوش الجنايات على الرقيقِ



قال ابن سماعة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: كل شيء من الحُرِّ فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية، ففيه من العبد نصف القيمة، وكذلك الجراحات على هذا الحساب(١).

قال أبو يوسف: ثم إن أبا حنيفة بعد ذلك رجع في حاجب العبد وفي أذنيه، وقال: فيه حكم عدل.

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قطع الرجل يد العبد، أو فقأ عينه، أو قطع رِجله، أو شجّه مُوْضحة، أو آمّة أو مُنَقِّلَةً، أو نزع ثنيّته أو ضرسه، نُظر إلى الذي صنع به كم أرشه من دية الحر، فيغرم ذلك من قيمته، وكذلك بلغنا عن إبراهيم وسعيد بن المسيب.

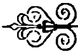
قال محمد: استقبح أبو حنيفة (أن يضمن)(٢) في الأذن نصف القيمة.

وقال الحسن عن أبي حنيفة وزفر: إن حلق أحد حاجبيه فلم ينبت، أو نتف أشفار عينيه الأسفل أو الأعلى فلم ينبت، أو قطع إحدى شفتيه العليا أو السُفلى: إن عليه في كل واحد في ذلك نصف القيمة.

وقال محمد [٣٢٧/ب] عن نفسه: يغرم الجاني بجنايته ما نقص جنايته من

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٥٨، ٤٥٩.

(٢) ساقطة من ب.




العبد من قيمته، أقوّمه لا جناية به، وأقوّمه مجنيًا عليه، وأغرم الجاني (فضل)[1] ما بين القيمتين، قال محمد: وهو قول زفر وأبي يوسف الآخر، وقولنا.

قال محمد: وجميع هذه الجنايات في مال الجاني، خطأً أو عمدًا ما لم تبلغ النفس.

قال: وجملة هذا: أن الجنايات على العبد تتقدر فيما دون النفس عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

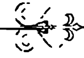
وقال محمد: لا تتقدر، وروي عن أبي يوسف مثله، وهو قول مالك.

لأبي حنيفة: أن القيمة في العبيد كالدية في الأحرار، فإذا كانت الجناية فيما دون النفس يجوز أن تتقدر من دية الحر، فكذلك يجوز أن تتقدر من قيمة العبد؛ ولأن الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير، ألا ترى أنها (لا)[2] تبلغ بها الدية، فجاز أن يكون ما دون النفس منه يدخله التقدير كالحر.

لمحمد: أن ما دون النفس في العبد ضمانه ضمان الأموال، بدلالة أنه لا يتعلق به قَوَدٌ ولا كَفَّارَةٌ ولا يتحمله العاقلة، وضمان الأموال يجب فيه النقصان.

وإذا ثبت هذا، فروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد به المنفعة، [وما يقصد به الزينة، مثل: الحاجب والشعر والأذن، وذلك لأن التقدير لها دخل في الجناية عليه استوفى ما يقصد به المنفعة][3] وما يقصد به الزينة كالحر؛ وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة قال: ما يقصد به المنفعة

(١) في ب (نصف).
(٢) ساقطة من ب.
(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ.

يتقدر، وما يقصد به الزينة لا يتقدر.

قال: وهو قوله الآخر؛ لأن الزينة ليس بمعنىً مقصود في العبيد، وهي مقصودة من الأحرار، فأما المنفعة، فمقصودة منهما؛ فلذلك تقدّرت.

ولأن ما دون النفس من العبيد أجري مجرى الأموال؛ بدلالة أنه لا يجب فيه قصاص ولا تتحمله العاقلة، وهو في نفسه جناية، فلو تقدر الكل[1]، أُلحق بالجنايات من كل وجهٍ، ولو لم يتقدر للِحق بضمان الأموال من كل وجه، فقدروا منه ما يقصد به المنفعة، ولم يقدروا ما يقصد به الزينة؛ ليعطى الشَّبَه من الجهتين.

فأما قوله: إن الجناية على العبد فيما دون النفس لا تتحملها العاقلة؛ فلأن ضمانه أجري مجرى [ضمان] الأموال؛ بدلالة أنه لا يلزم فيه قصاص بحال، وضمان المال لا يتحمله العاقلة.

فأما إذا قتل العبد خطأً، فقيمته على العاقلة عند أبي حنيفة ومحمد. وروي عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل، وروي عنه: أن مقدار الدية على العاقلة، وما زاد على ذلك في مال القاتل.

وجه قولهما: أن ضمان العبد في النفس جناية؛ بدلالة وجوب القصاص فيها إذا كانت عمدًا ووجوب الكفارة، فصارت كالجناية على الحر.

لأبي يوسف: ما روي عن عمر أنه قال: (لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا)؛ لأن العاقلة لا تتحمل ما دون النفس فيه، فكذلك النفس كالبهائم، وعكسه الأحرار.

(١) في ب (فلو تقدرت قبل حال) والمثبت من أ لدلالة السياق عليه.




والجواب: أما الخبر، فمعناه: لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد؛ لأن المولىٰ أقرب إليه منهم، وأما قياسه علىٰ ما دون النفس، فليس بصحيح؛ لأنه لا يتعلق به أحكام الجنايات من القصاص والكفارة، فلذلك لم يتعلق به حكم التحمل.

وجه الرواية الأخرىٰ عن أبي يوسف: أن مقدار الدية منه ضمانها ضمان الجناية، فيتحملها العاقلة، وما زاد علىٰ الدية فوجوبه من حيث ضمان المال، فلم تتحمل العاقلة.

قال: وقد حكىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنه فرّق بين ما يقصد به الزينة في العبد، وعن ما يوجب الدية أو أقل من الدية.

فقال في أحد حاجبيه: نصف القيمة، وفي الأنف: ما نقص لا يبلغ به دية حرّ؛ وذلك لأن الجناية علىٰ العبد جناية علىٰ المال، فلا يجب جميع قيمته بنقصانه، كما لا يجب في (البهائم)[1].

وقد قال الحسن في روايته: إذا قطع ذكره أو أنثييه أو أصابع يديه، أو أصابع رجليه، ففيه ما نقص، وهذا يقتضي أن يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة إذا بلغ جميع القيمة، وجبَ فيه ما نقص؛ لأنه مال، فلا يجب بنقصانه جميع قيمته.

والمشهور من الرواية في يدي العبد وعينيه: جميع قيمته، ويخيّر المولىٰ: في إمساكه من غير ضمان، أو تسليمه [إلىٰ الجاني][2] وأخذ القيمة، حتىٰ لا يجتمع علىٰ ملكه البدل والمبدل، ونحن نبيّن هذه المسألة في موضعها.

---

(١) في ب (الدراهم) والمثبت من أ.

(٢) في أ (إلىٰ غير ضمان) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

٢٤٤٣ ـ [فَصْل: القيمة في الجناية على العبد]

وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد: إذا قتل العبد وقيمته عشرة آلاف أو أكثر، ففيه عشرة آلاف إلا عشرة دراهم، وذلك على العاقلة في ثلاث سنين.

وقال أبو يوسف: فيه قيمته بالغة ما بلغت.

وجه قولهم ـ وهو قول عبد الله بن مسعود ـ: أنها جناية على نفس آدمي، فلا يزاد على ألف دينار، كالجناية على الحر؛ ولأن المعاني التي تزيد قيمة العبد بها موجودة في الأحرار ومعها زيادة الحرية، فإذا لم توجب أكثر من الدية؛ فلأَنْ لا توجب في العبد مع نقصان الرق أولى.

لأبي يوسف ـ وهو قول علي وابن عباس وابن عمر ـ: أنها جناية على مال، فوجب بها القيمة غير مقدر كالبهائم؛ ولأنه لما لم يتعذّر [أرش] قليله، لم يقدر [أرش] كثيره كالبهائم.

قال: وإذا ثبت أنه لا يزاد على الدية، نقص منها عشرة دراهم؛ لأن أحدًا لا يفصل بين الموضعين.

ولأنه روي عن ابن مسعود أنه قال في قيمة العبد: لا يزاد على عشرة آلاف [درهم] إلا عشرة [دراهم]، وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف؛ ولأن النقصان في الدية إنما جعل لنقصان الرق، والفرق بين الرق والحرية في النقص قد قدر في الشرع [بعشرة]، ألا ترى أن الحرة لا يستباح وطؤها إلا بعشرة، ويستباح وطء الأمة بالهبة بغير شيء؛ فلذلك قدروا نقص الرق هاهنا بعشرة.

وأما في الأمة، فلا يزاد على خمسة آلاف إلا عشرة؛ لأن هذا (دية) الحرة،




فينقص منها عشرة كما ينقص من دية الرجل.

وليس كذلك إذا قطع يد العبد، أنه لا يتجاوز خمسة آلاف [إلا خمسة]؛ لأن ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة، فقدّر بنصفها، وما يجب في الأنثىٰ ليس بجزء من دية الذكر، وإنما هي دية في نفسها؛ فلذلك تقدر النفس فيها بعشرة.

قال: وإن قتله حرّ أو عبد عمدًا، وجب فيه القصاص، وإن قتله عبد خطأ أو جنىٰ عليه فيما دون النفس، دفع به إلا أن يُفْدىٰ، ولا يباع في الجناية.

أما وجوب القصاص بينه وبين الحر، فنبيّنه في الجنايات.

وأما جناية العبد، فيخيّر المولىٰ فيه [٣٢٨/أ] بين الدفع أو الفداء، وقال الشافعي: يُباع فيها.

وقد روي مثل قولنا عن علي وابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهما، والوجه فيه: أن الجنايات التي يمكن استيفاؤها من الرقبة تتعلق بها كجناية العمد.

وإذا تعلقت برقبته فأزال المولىٰ يده عنه بالتسليم، سقط عنه حكم الجناية، كما لو جنىٰ عمدًا، فخلىٰ بينه وبين الأولياء.

ولأن المولىٰ كعاقلة العبد، ألا ترىٰ أنه أقرب الناس إليه، فهو كالعاقلة التي هي أقرب الناس إلىٰ القاتل، فيلزمه حكم جناية عبده، كما تلزم العاقلة جناية الحر، إلا أنه [إنما يلزمه][1] المطالبة بملكه العبد، فإذا رضي بتسليمه سقط حكم المطالبة، كالوارث إذا رفع يده عن التركة وخلّىٰ بين الغرماء وبينها، سقط عنه

(١) في أ (لما لزمه) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.




المطالبة بدين الميت؛ لأنه كان يطالب لتعلق حقه بالتركة، فإذا رفع يده عنها سقطت المطالبة.

قال: والكفارة واجبة بقتل العبد في قولهم؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، ولم يفصل بين الحر والعبد.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: كل دية وجبت بنفس القتل في الخطأ، أو شبه عمد، أو في عمد دخلته شبهة، فهي في ثلاث سنين علىٰ مَنْ وجبت عليه، في كل سنة الثلث، فالخطأ وشبه العمد علىٰ العاقلة، والعمد الذي تدخله الشبهة فيتحول مالاً، فهو في مال الجاني، وكل ذلك في ثلاث سنين.

أما تحامل العاقلة الدية، فقد قدّمناه، وكذلك في شبه العمد؛ لحديث الجنين، ألا ترىٰ أن النبي ﷺ قضىٰ بدية المقتول علىٰ عاقلة الضاربة، وإن كانت اعتمدت ضربها بالعمود؛ لأنه شبه عمد.

فأما العمد الذي دخله الشبهة، فإنما نعني بذلك قتل الأب لابنه، فلا تتحمله العاقلة؛ لحديث عمر رضي الله عنه أنه قال: (لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا).

فأما وجوب دية الخطأ وشبه العمد في ثلاث سنين، فقد قدمناه.

وأمّا العمد الذي دخلته الشبهة، مثل قتل الأب لابنه، فقد كان ينبغي علىٰ قول أبي الحسن أن يكون حالاً؛ لأن القتل عنده يوجب القصاص ثُمّ يتعذر الاستيفاء، فيصير كدم العمد إذا عفا أحد الشريكين، إلا أنهم قالوا: تكون مؤجلة؛ لأن القصاص لما لم يثبت حكمه بحال، [صار كأنه لم يجب، وإن كانت الدية وجبت بنفس القتل، فتجب مؤجلة]، وهذا علىٰ ما نقول في ملك الوكيل،

أنه لما لم يستقر صار كأن لم يكن جنىٰ، لا يعتق عليه أرحامه.

قال: ومن أقرَّ بقتل خطأ، فالدية في ماله في ثلاث سنين، في كل سنة الثلث عند انقضائها، وذلك لقول عمر رضي الله عنه: (لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحًا ولا اعترافًا)؛ ولأنه مصدّق علىٰ نفسه غير مصدق علىٰ عاقلته.

ولأن الدية تجب عليه عندنا بالقتل، وتتحمل العاقلة عنه، فإذا لم يصدق عليهم، بقيت الدية في ذمته علىٰ ما كانت.

وتكون مؤجّلة؛ لأنها وجبت بنفس القتل، تؤدّىٰ عند انقضاء كل سنة ثلثها؛ لأنه مال مؤجل بالحول، فيؤدّىٰ عند انقضاء الأجل كالدين [المؤجل].

قال: وإذا صُولح من الجناية علىٰ مال، فهو حال في مال الجاني، وكذلك كل جزء من الدية وجب علىٰ عاقلته أو في مال الجاني، فذلك الجزء في ثلاث سنين، في كل سنة منه الثلث، كرجل قتله عشرة خطأ أو شبه عمد.

أما الصلح؛ فلأنه مال وجب بعقد كالثمن في البيع، فإذا شرط فيه أجلاً، كان مؤجلاً، وإذا (لم)[1] يشترط، كان حالاً.

وأما الجزء من بدل النفس، فهو في ثلاث سنين قياسًا علىٰ ما يجب علىٰ كل واحد من العاقلة (من الدية، فإذا قتل العشرة الواحد، فعلىٰ عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين؛ لأنه جزء من بدل النفس، فيتأجل بثلاث سنين كما يلزم كل واحد من العاقلة)[2].

---

(١) ساقطة من ب.

(٢) ساقطة من ب. انظر: الأصل ٥٥٨/٦.

قال: ولو أن عشرة قتلوا رجلاً عمدًا، آخرهم أبوه، فالدية في مال كل واحد منهم العُشر، وذلك العُشر في ثلاث سنين؛ وذلك لأن الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الابن سقط القصاص على ما سنبيّنه، ووجبت الدية بسقوط القصاص، فكانت في مال الجاني.

قال: ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة في الثلاث سنين، وذلك كل ما يغرمه، لا يغرم أكثر من ذلك.

وقال الشافعي: لا ينقص كل واحد منهم من نصف دينار(١).

لنا: أن الدية تلزم العاقلة تخفيفاً عن القاتل على وجه التبرع، فلا يتعلق منه مقدار ما يجب على كل واحد منهم مقدار ما يجب في الزكاة، حتى ينقص التبرع عن الواجب؛ ولأن نصف دينار مقدار يجب في الزكاة بنفسه، فلا يتقدر به ما يلزم آحاد العاقلة، كما زاد عليه.

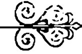
قال: وإن قلّت العاقلة حتى يصيب الرجل منهم أكثر من ذلك، ضمَّ إليهم أقرب القبائل إليهم في النسب من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم، حتى لا يلزم الرجل منهم إلا القدر الذي ذكرناه.

وذلك لأن الضمان لزمهم على طريق التخفيف عن غيرهم، فلا يجوز إيجابه على وجه يجحف بهم، فوجب أن يضم إليهم من قرب منهم حتى يخف عنهم، كما يضم إلى القاتل العاقلة.

قال: وما كان من جناية فيما دون النفس يبلغ أرشها نصف عشر الدية، فهي

---

(١) انظر: الأم ص١٢١٦؛ المنهاج ص٤٩٢.




على العاقلة إن كانت خطأ في سَنَةٍ ؛ وذلك لأن النبي ﷺ أوجب الغرة على العاقلة ، وهي مقدرة بنصف عشر الدية ، وتكون في سنة ؛ لأن ما وجب فيه ثلث الدية وما دون ذلك في سنة واحدة ، أصله: ما يجب على آحاد العاقلة في السنة الأولى.

قال: وإن كانت عمداً لا يُستطاع فيها القصاص ، أو وجب فيها الأرش لشبهة دخلت الجناية ، فهي في مال الجاني في سنة ؛ لما بيّنا أن العاقلة لا تتحمل العمد ، فتبقى في مال الجاني ، وتكون مؤجلاً ؛ لأنه تجب بنفس القتل.

قال: وليس فيما دون النفس شبه عمد ، إنما هو عمد أو خطأ ؛ لما قدمنا أن شبه العمد إنما بالآلة ، والقتل يختلف باختلاف الآلات ، فأما ما دون النفس ، فلا يختص (إتلافه)[1] بآلة دون آلة.

قال: والجناية على المرأة فيما بلغ من أرشها نصف عشر ديتها ، فهو على العاقلة في سنة ؛ لأن هذا ضمان مقدّر بنفسه كالدية.

قال: وما زاد على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية ، ففي سنة ؛ قياساً [٣٢٨/ب] على ما يجب على العاقلة في السنة الأولى.

فإن زاد على الثلث ، فالزيادة قليلة كانت أو كثيرة في سنة أخرى ، [إلى أن تبلغ الزيادة الثلثين ؛ وذلك لأن ما زاد على ثلث الدية يتقدر بسنة أخرى].

أصله: ما يجب على كل واحد من العاقلة في السنة الثانية.

قال: فإن زاد على (الثلثين)[2] ، فهي في السنة الثالثة ؛ قياساً على ما يجب

(١) في ب (اختلافه) والمثبت من أ لأن السياق يدل عليه.

(٢) في ب (الثلاث).

على كل واحد من العاقلة في السنة الثالثة.

وقال: لا تعقل مع العاقلة امرأة، ولا صَبِيٌّ، ولا عبد ولا مكاتب ولا مدبر؛ (وذلك لأن العاقلة إنما تتحمل لأجل النصرة، والمرأة ليست من أهل النصرة.

وكذلك الصبي لا يستنصر به)[1]؛ ولأن الدية تلزم العاقلة على طريق التبرع؛ وذلك لا يثبت في مال الصغير.

فأما المماليك فلا يعقلون؛ لأن العزمات لا تستنصر بهم، والتحمل إنما يجب لأجل النصرة[2].

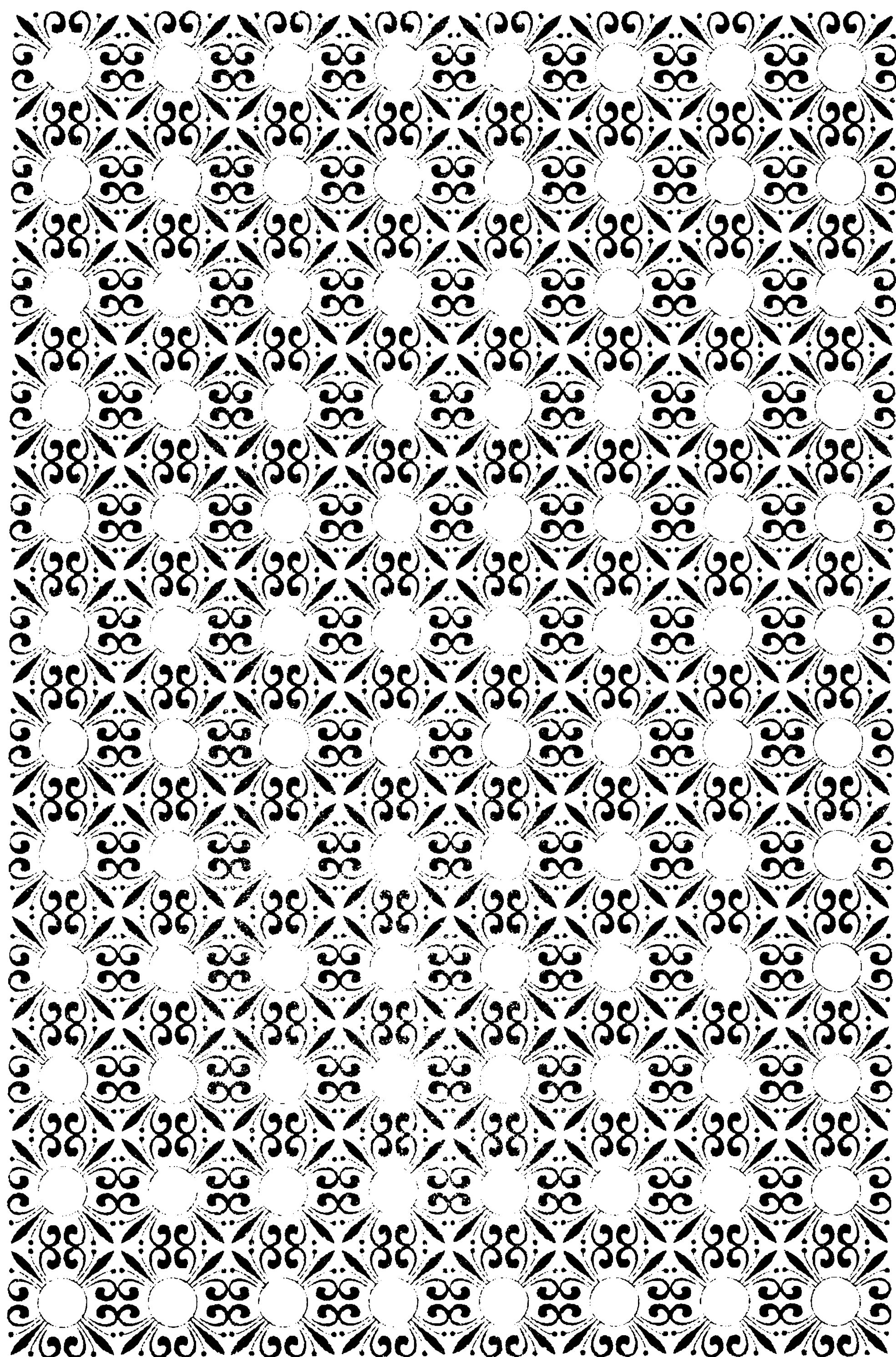
تم كتاب الديات ولله الحمد والمنّة

وصلى الله على نبيه محمد وآله أفضل الصلوات



(١) ما بين القوسين ساقطة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٦/٥٥٦، ٩/٣٨٢.



[٦٣] كتابُ الجناياتِ

قال الشيخ [أيّده الله تعالىٰ]: الجناية عبارة عن كل فعل لا يجوز فعله، فالجناية علىٰ الأنفس جناية، وكذلك الجناية علىٰ الأموال، إلا أنه اختص هذا الاسم في عُرف أهل الشرع بالجناية علىٰ الأنفس.

وكذلك الفقهاء يسمُّون هذا جناية، ويسمون ما كان في الأموال غصبًا، والأسامي تختص بالعرف.

والجناية في الآدميين علىٰ ضربين: عمد، وخطأ.

والعمد علىٰ ضربين: عمد محض، وعمد فيه معنىٰ الخطأ، وقد بيّناه في كتاب الديات.

حكم الخطأ وشبه العمد، والكلام في هذا الكتاب في أحكام العمد.




بَابُ
[أحكام] القصاصِ



قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فأوجب بالآية القصاص على الحر إذا قتل حرًّا، وعلى العبد إذا قتل عبدًا، وعلى الأنثى إذا قتلت أنثى.

قال: والأصل في ثبوت القصاص: الكتاب، والسنّة، قال الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء: ٣٣]، ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقال: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وقال النبي ﷺ: «**العَمْدُ قَوَدٌ**»[١]، وقال: «**كتاب الله القصاص**»[٢].

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وأجمع المسلمون على قتل الذكر بالأنثى، والأنثى بالذكر، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأن القصاص في النفس لا تعتبر فيه المماثلة، وليس بين الذكر والأنثى إلا عدم المماثلة[٣].

وقد حكي عن علي رضوان الله تعالى عليه في الرجل إذا قتل امرأة: أن

(١) رواه الدارقطني في سننه (٣١٣٦)؛ وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٧٥٦).
(٢) رواه البخاري (٤٤٩٩)؛ والنسائي في سننه (٤٧٥٢).
(٣) انظر: الأصل ٦/٥٧٢، ٥٧٣.

أولياءها بالخيار: إن شاؤوا أخذوا ديتها، وإن شاؤوا أعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه.

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص وغرم في نفسٍ واحدةٍ، كما لا يجب بالفعل الواحد حَدٌّ ومَهْرٌ.

ولأن اختلاف الرجل والمرأة كاختلاف الأعمى والبصير، والصحيح والأَشَلِّ، وذلك لا يمنع قتل الكامل منهما بالناقص.

قال: وأجمعوا على قتل العبد بالحرّ ؛ وذلك لأنه ناقص عن المقتول، فإذا جاز أن يستوفى بالحر الحر وهو أكمل، فلأَنْ يستوفى مقتله نفس العبد وهو ناقص أولى.

وأما الحر فيقتل بالعبد عندنا، وقال الشافعي: لا يقتل[1].

لنا: قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وقال ﷺ: «**العمد قود**» ؛ ولأنَّ من قتل قاتله إذا كان عبداً، جاز أن يجب القصاص على قاتله إذا كان حرًا كالحر.

ولأنا قد بيّنا أن المماثلة لا تعتبر في الأنفس، وإنما تعتبر في (حقن)[2] الدم، والحر والعبد يتساويان في حقن الدم على التأبيد.

فأما قوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فيدل على وجوب القصاص بين العبدين والحرين، ولا ينفي ما سوى ذلك.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٣٧ ؛ المنهاج ص٤٧٢.

(٢) في ب (حق).




وفائدة التخصيص: أن الآية نزلت على سبب، وهو أن بني النضير كانوا أشرف من بني قريظة، فيقتل الحر من بني قريظة [وأعز] بالعبد من بني النضير، فأبطل الله تعالى هذا الصلح بقوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾، بيّن ذلك أنّه قال: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾، ولم ينف ذلك وجوب القصاص بين الذكر والأنثى.

وأجمع أصحابنا: على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية ويجري عليه حكم الإسلام[1].

وقال الشافعي: لا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر[2].

لنا: ما روي أن النبي ﷺ أقاد مسلمًا بذمي، وقال: «**أنا أحق من وفى بذمته**»[3]، وروي أن رجلاً مسلمًا [من أهل الحيرة] قتل رجلاً من أهل الحيرة نصرانياً، فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله تعالى عنه، فكتب: (أن يقتل به)، ثم قيل إنه فارس من فرسان المسلمين، فكتب (بأن تؤخذ الدية)؛ فلولا أن [القصاص][4] واجب لم يأمر به ابتداءً، وأسقط في الثاني لمصلحة رآها للمسلمين.

وروي أن مسلمًا قتل ذميًا، فقضى عَلِيٌّ رضوان الله عليه فيه بالقصاص، ثم (لقي)[5] الولي فقال: ما صنعت؟ فقال: إني رأيت أن قتله لا يرد (أخي،

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٧٤.

(٢) انظر: الأم ص١١٥٤؛ المنهاج ص ٤٧١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه (٣٢٦٠)؛ والبيهقي في الكبرى (١٥٩١٨)؛ والشافعي في مسنده (١٦٢٢).

(٤) في أ (القتل) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه.

(٥) في ب (أمر).

وبذلوا)[1] إليّ المال، فقال: لعلهم خوّفوك، إنما أعطيناكم الأمان لتكون دماؤكم كدمائنا، وأموالكم كأموالنا.

ولأن كل من جاز أن يقتل قاتله إذا كان كافرًا، جاز أن يجب القصاص على المسلم بقتله كالمسلم، [ولأنه محقون الدم على التأبيد، فجاز أن يجب القصاص على المسلم بقتله كالمسلم].

وأما قوله ﷺ: «**لا يقتل مؤمن بكافر**»[2]، فالمراد به الكافر الحربي؛ لأنهم كانوا بعد الإسلام يقتلون من أسلم بقتلاهم الكفار، فقال ﷺ: «**لا يقتل مؤمن بكافر**»، كما قال: «**كل دم كان في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي**»[3].

والذي يدل على ذلك: أن المسلم يقتل بالكافر بالاتفاق إذا قتله وهو كافر ثم أسلم، فكان حمل اللفظ على الكافر الحربي أولى؛ لأنه ينفي العموم؛ ولأنه قال في الخبر: «**ولا ذو عهد في عهده**»[4]، والكافر الذي لا يقتل به المعاهد، إنما هو الحربي.

قال: ولا يقتل مسلم بكافرٍ غير ذميٍ وإن كان مستأمنًا في دار الإسلام وله عهد وميثاق؛ [٣٢٩/أ] وذلك لأن المستأمن ليس بمحقون الدم على التأبيد، وإنما حَقنُ دمه مؤقّت، فلم يجز أن يقتل به من دمه محقون على التأبيد؛ لعدم التساوي

(١) في ب (حتى يبدلوا).

(٢) رواه النسائي في سننه (٤٧٤٥)؛ وابن حبان (٥٩٩٦)؛ وابن ماجه (٢٦٦٠).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٢٨٨) بلفظ قريب من هذا «أَلا وَإِنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ تَحْتَ قَدَمِيَّ، وَدِمَاء الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعَةٌ».

(٤) رواه النسائي في سننه (٤٧٣٤)؛ وابن ماجه في سننه (٢٦٦٠)؛ وورد في شرح مشكل الآثار (١٢٤٥).

في حقن الدم.

قال: وأجمع أصحابنا: أن لا يقتل والد بولده، ولا جَدٌّ من قِبَل الرجال ولا من قِبَل النساء وإن علا بولد الولد وإن سفل، ولا والدة بولدها، ولا جَدَّة من قِبَل الأب ولا من قبل الأم، علت أو سفلت[١].

وقال مالك: إذا حذف[٢] الأب الابن بالسيف، فلا قَوَدَ عليه، وإن ذبحه فعليه القود[٣].

لنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا يقاد والد بولده**»[٤]؛ ولأنه في حكم الجزء منه، والإنسان لا يثبت عليه قصاص بأجزائه.

ولأنه لو وجب عليه القصاص إذا قتله ذبحًا، وجب عليه القصاص إذا قتله حذفًا كالأجنبي.

وفرّق مالك بينهما؛ بأن الحذف يقصد به التأديب.

وليس بصحيح؛ لأن التأديب لا يكون بالسيف؛ ولأن عندنا ضرب الأب لابنه على وجه التأديب بشرط السلامة.

قال: ويُقْتَلُ الوَلَدُ بالوالد؛ وذلك لأن الوالد ليس في حكم الجزء من الولد، فجاز أن يثبت القصاص بقتله.

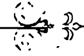
---

(١) انظر: الأصل ٥٧٥/٦، ٥٧٦.

(٢) حذف: قطع، وحذف رأسه بالسيف: إذا ضربه فقطع منه قطعة. انظر: مختار الصحاح (حذف).

(٣) انظر: القوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص٣٧٥.

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٣٢٧٣)؛ وأحمد في المسند بلفظ (لا يقتل) ٤٩/١؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٣٩/٨.




قال: وأجمع أصحابنا: أن لا يقتل المولىٰ بعبده؛ وذلك لأن القصاص لو ثبت بقتل العبد، لثبت للمولىٰ؛ لأنه هو المستحق (بحقوق) عقده، والمولىٰ لا يجوز أن يثبت له قصاص علىٰ نفسه؛ ولأنه ماله، وإتلاف الإنسان لماله لا يكون مضمونًا عليه، والدم إذا لم يكن مضمونًا لم يتعلق به قصاص.

قال: ولا يُقْتَلُ بعبد يملك القَاتِلُ بعضه؛ وذلك لأن القصاص يسقط في نصيبه، فسقط في باقيه، كالدم إذا كان بين شريكين فعفا أحدهما.

قال: ونقصان الجوارح (في الفعل)[1] لا يمنع التكافؤ في النفس، وتفسير ذلك: أن صحيحًا سليم الجوارح عاقلاً لو قتل مريضًا، أو مغمىً عليه، أو مبرسمًا[2]، أو مفلوجاً، أو أعمىٰ، أو مقطوع الجوارح، أو أشلها، أو صبيًا، أو مجنونًا، أنه يقتل به، وهذا كله لا يمنع التكافؤ في النفس؛ وذلك لأن التكافؤ يعتبر في محل القصاص، ومحل القصاص الرّوح، فإذا تساويا في حقن الدم، وجب القصاص، وإن اختلفا في غير ذلك؛ ولهذا لم يجب القصاص بين الأطراف المختلفة؛ لأن التساوي في محل القصاص لم يوجد.

وقد دل علىٰ هذه الجملة قوله تعالىٰ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، وقوله: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ولم يفصل.

قال: وأجمع أصحابنا: أن الجماعة تُقْتَلُ بالواحد وإن كثروا.

ومن الناس من قال: لا تُقْتَلُ الجماعة بالواحد.

---

(١) في ب (والمعاني).

(٢) مبرسماً: مصاباً بداء البرسام، وهو داء يصيب الغشاء المحيط بالرئة. المعجم الوسيط (برسم).




لنا: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقال: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء: ٣٣]، وقال: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وفيه إجماع الصحابة.

وروي أن سبعة قتلوا واحداً بصنعاء، فقتلهم عمر رضي الله عنه، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف.

ولأن القصاص في النفس يجب بإزهاق النفس، وذلك معنى لا يتبعض، فيصير كل واحد منهم كالمنفرد بإتلافها.

وليس كذلك إذا اجتمعوا على قطع يد؛ (لأن القطع يتبعض، فيصير كل واحد منهم متلفًا لبعض اليد، فلا يجب عليه القصاص)[1].

قال: ويقتل الواحد بقتل الجماعة، ولا يلزم مع القود شيء من المال.

وقال الشافعي: إن قتل بواحد منهم وجب للباقي المال، وإن اجتمعوا قتل بهم، وقسمت الديات بينهم[2].

لنا: أن القود إذا ثبت على الواحد لجماعة، فاستوفى القود، سقط حق الباقين، كالعبد إذا قتل جماعة فقتل؛ لأن خروج الروح لا يتبعض، فإذا قتل بهم صار كل واحد منهم كالمستوفي لجميع النفس، فلا يجب له مع ذلك أرش.



(١) ساقطة من ب.

(٢) انظر: مختصر المزني ص٢٤٠؛ منهاج الطالبين ص٤٣٣.

٢٤٤٤ ـ [فَصْـل: القصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس]

قال: وأجمع أصحابنا: أنه لا قصاص بين الأحرار وبين العبيد فيما دون النفس ؛ وذلك لأن وجوب القصاص في الأطراف يعتبر فيه التساوي في الأرش ؛ بدلالة أن الصحيح لا يقطع بالأشل ، ولا يقطع الطرف الكامل الأصابع بالناقص الأصابع ؛ لاختلاف أرشها ، وأرش طرف الحر والعبد مختلف ، فلا يجري بينهما قصاص .

وكذلك لا يجري بين العبد والعبد فيما دون النفس ؛ لأنهم إن اختلفوا ، فوجوب القصاص موقوف على التساوي في الأرش وإن تساوت قيمتهم ، وذلك يعلم من طريق الحزر والظن ، فلا يتيقن التساوي ، فلم يجب القصاص .

قال: ولا قصاص بين الذكور والإناث فيما دون النفس(١) .

وقال الشافعي: يجري القصاص بينهما(٢) .

لنا: أن أرش أطرافهم مختلفة ، فصاروا كالصحيح والأشل ؛ ولأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل ، فصار كاليمين واليسار .

فإن قيل: هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالأشل ، [والحر](٣) بعبد ، والذكر بالأنثى ، فهلَّا جوَّزتم أن تقطع المرأة بالرجل ، والعبد بالحر ، كما يقطع الأشل بالصحيح .

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٤٥ .

(٢) انظر: الأم ص١١٦٦

(٣) في أ (ومن العبد) والمثبت من ب لدلالة السياق عليه .




قيل له: النقص على ضربين: نقص من طريق المشاهدة: فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص، ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل، ونقص من طريق الحكم: فيمنع من استيفاء كل واحد من الأمرين بالآخر، كاليسار واليمين.

قال: وليس للمجنون ولا للصبي عمد وهو خطأ.

وقال الشافعي: عمد الصبي في ماله[1].

لنا ما وري عن علي رضوان الله تعالى عليه أنه قال: [عمد الصبي والمجنون سواء][2]).

وروي أن مجنونًا عدا على رجل بالسيف فقتله، فقضى عليه بالديّة على عاقلته؛ ولأن الأحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعله مثل القصاص والمأثم، فصار كالخطأ.

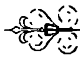
وإنما لم يتعلق بفعله قصاص؛ لأن القصاص عقوبة، والصبي لا يستحق العقوبة بفعله، بدلالة الحدود[3].



(١) انظر: الأم ص١١٢٨.

(٢) ساقطة من ب وغير واضحة في أ بسبب تلف المخطوطة، والمثبت مما أورده ابن حجر في الدراية عن علي رضي الله عنه: (أنه جعل عقل المجنون على عاقلته...)، وذكر هذه الرواية، ٢/٢٨٠.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٧٢ وما بعدها؛ القدوري ص٤٤١ وما بعدها.




بَابُ
صفةِ القتلِ الذي يجبُ به القصاص



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: أجمع أصحابنا أنّ كلّ قتلٍ عمدٍ بسلاحٍ: بسيفٍ، أو رمحٍ، أو سهمٍ، أو عمود حديدٍ، أو سكينٍ، أو ما أشبه ذلك من سلاح الحديد، ففيه القِصَاص.

وما يجري مجرىٰ السلاح ممَّا يجرح كجرحه.

لو طعن رجلاً [٣٢٩/ب] برمحٍ لا سِنَان فيه فأجافه، فمات، فعليه القِصَاص، وكذلك لو رماه بسهمٍ ليس له نصلٌ، أو شقّ بطنه بعودٍ، أو ذبحه به، أو بقصبةٍ، ففي هذا كله القِصَاص.

قال [الشيخ]: وجملة هذا: أنّ القتل إذا وقع بالمحدَّدِ من الآلة، أو ما يجري مجراه في تفريق الأجزاء، تعلّق به القِصَاص حديدًا كانت الآلة أو غير حديدٍ، وإن شئت قلت: كلّ ما يقع به الذكاة إذا قتل به، ففيه القِصَاص[١].

والأصل في وجوب القِصَاص بالسلاح: قوله ﷺ: «**لا قَوَد إلا بالسيف**»[٢]،

---

(١) انظر: الأصل ٥٧٣/٦.

(٢) رواه ابن ماجه من حديث النعمان بن بشير (٢٦٦٧)، ومن حديث أبي بكرة (٢٦٦٨).
قال ابن حجر في التلخيص الحبير (١٩/٤): «رواه ابن ماجه من حديث النعمان ابن بشير، ورواه البزار والطحاوي والطبراني والدارقطني والبيهقي، وألفاظهم مختلفةٌ، وإسناده ضعيفٌ، ورواه ابن ماجه والبزار والبيهقي من حديث أبي بكرة، قال البزار: تفرّد به الحُرّ بن مالك، والناس يروونه مرسلاً، وقال أبو حاتم: هذا حديثٌ منكرٌ، وأفاد ابن القطان أنّ الوليد بن صالح تابع الحُرّ=




وقوله ﷺ: «كلّ شيءٍ خطأٌ إلا السيف»[١].

وأما المحدّد كالليطة[٢]، والمروة[٣]، والرمح الذي لا سِنان فيه، فإنّه يفرّق الأجزاء [وتفرّقها كتفريق][٤] الحديد، (وعلىٰ هذا قالوا فيمن أحرق رجلاً بالنار: إنّ عليه القِصَاص؛ لأنّ النار تقطع الأجزاء وتفرّقها كتفريق الحديد)[٥].

وأمّا إذا قتله بحديدٍ لا حدّ له، مثل أن يضربه بعمودٍ، أو سَنْدَانٍ[٦]، فقد ذكر في الأصل: أنّ فيه القِصَاص[٧].

وذكر الطحاوي في الشروط الكبير: أنّه لا قِصَاص فيه.

= بن مالك عليه، وهو عند الدارقطني، وأعلّه البيهقي بمبارك بن فضالة راويه عن الحُرّ عن أبي بكرة، وقال البزّار: أحسبه خطأً؛ لأنّ الناس يروونه عن الحُرّ مرسلاً. انتهىٰ، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة من طريق أشعث وغيره عن الحُرّ مرسلاً، وفي الباب عن أبي هريرة رواه الدارقطني والبيهقي، وفيه سليمان بن أرقم، وهو متروكٌ، وعن عليٍّ رواه الدارقطني، وفيه يعلىٰ بن هلال، وهو كذّابٌ، وعن ابن مسعود رواه الطبراني والبيهقي، وإسناده ضعيفٌ جداً، قال عبد الحق: طرقه كلّها ضعيفةٌ، وكذا قال ابن الجوزي، وقال البيهقيّ: لم يثبت له إسنادٌ». اهـ

(١) هذا الحديث من روايات الحديث قبله، رواه بهذا اللفظ من حديث النعمان ابن بشير رضي الله عنه البيهقي في الكبرىٰ (٤٢/٨)، والدارقطني في السنن (١٠٦/٣)، وقال البيهقيّ: «مدار هذا الحديث علىٰ جابرٍ الجعفي وقيس بن الربيع، ولا يُحتج بهما».

(٢) الليطة: قشرة القصب والجمع ليط بوزن ليف. مختار الصحاح (ليط).

(٣) المروة واحدة المَرْو، وهي حجارةٌ بيضٌ برّاقةٌ تقدح منها النار، وبها سميت المروة بمكة. مختار الصحاح (مرو).

(٤) في ل (كالحديد) فقط.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٦) في ل (سنان). «والسَّنْدان: ما يطرق الحَدَّادُ عليه الحديد». المعجم الوجيز (سند).

(٧) انظر: الأصل ٥٨١/٦.




ومن أصحابنا من قال: إنّ الذي ذكره الطحاوي هو القياس، وما في الأصل استحسانٌ.

وجه ما ذكره الطحاوي: أنّ الحديد المُثقّل لا يجرح، وإنّما يفسخ، فهو كالحجر؛ ولأنّ الحكم لا يتعلق بالحديد بجنسه، وإنّما يتعلق بمعناه، بدلالة أنّ التحديد إذا وجد في الحجر، تعلق به القِصَاص، فإذا تعلق الحكم بالمعنىٰ[1] ـ وذلك غير موجود في المُثقّل ـ لم يجب القِصَاص.

وجه ما ذكره في الأصل: قوله ﷺ: «**لا قَوَد إلا بالحديد**»[2]؛ ولأنّ الحديد هو الجنس الموضوع للقتل، وغيره تَبَعٌ له، [ولهذا] قال الله ﷻ: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥]، وإذا كان الحديد هو الأصل، يستوي المحدّد منه وغيره، وما سواه ملحقٌ به، فتعلّق الحكم فيه بالمعنىٰ دون الجنس.

وأما القتل بالحجر الكبير، والعصا الكبيرة، فلا قِصَاص فيه عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان يقتل غالبًا ففيه القِصَاص، وقد قدّمناه.

قال: فإن ألقاه في الماء فغرق، فلا قِصَاص فيه عند أبي حنيفة، وقالا[3]: إذا كان الماء لا يُتَخلّص منه في الغالب، ففيه القِصَاص.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّه قتل بما ليس بسلاحٍ، ولا يجري مجرىٰ السلاح في تفرق الأجزاء، (فصار كقليل الماء)[4]؛ ولأنّ الغريق يهلك باجتذاب الماء

(١) في ب (تعلق به المعنىٰ).

(٢) هذا الحديث من روايات حديث «لا قود إلا بالسيف»، سبق تخريجه في الصفحة السابقة

(٣) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.




بنفسه، فصار مشاركًا في قتل نفسه، فلم يجب على الذي ألقاه قِصَاص.

وجه قولهما: أنّ هذا لا يُتَخلّص منه غالبًا، كالقتل بالنار والحديد، وليس كذلك إذا كان مما يُتَخلّص منه؛ لأنّ ذلك لا يُقصد به القتل، فصار كالعصا الصغيرة.

قال: فإن ألقاه من جبلٍ، أو سطحٍ على رأسه، فلا قِصَاص فيه، وهذا على ما قدمنا من الخلاف[1].



(١) انظر الأصل ٥٧٢/٦ وما بعدها.

بَابُ
القصاص فيما دونَ النفسِ



قال أبو حنيفة ﷺ: إذا طيّن على حُرٍّ بيتًا حتّى مات جوعًا أو عطشًا، لم يضمن، وقالا: عليه الدية.

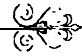
لأبي حنيفة: أنّه سببٌ لا يؤدي إلى التلف، وإنّما يموت بسببٍ آخر: وهو فقد الطعام، فلم يبق إلا اليد، والحرّ لا يَضمن باليد.

ولهما: أنّه سببٌ يؤدي إلى التلف، فصار كسقي السمّ، قال الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥]، فحكم [تعالى] فيما ذكره في الآية أن يُؤخذ كلّ شيءٍ بمثله.

فالأصل في وجوب القِصَاص فيما دون النفس [هذه] الآية، وقوله ﷺ: «**العمد قَوَدٌ**»[1]، وما روي (أنّ رُبيّع ـ عمة أنّس بن مالك ـ كسرت سنّ جاريةٍ، فأمر رسول الله ﷺ بكسر سنّها، فقال أنس بن النضر: أتكسر سن الرُبيّع بسنّ جاريةٍ، فقال رسول الله ﷺ: «**كتاب الله القِصَاص**»، فقال: لا والذي بعثك

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٣٩)؛ والنسائي (٤٧٩٠)؛ وابن ماجه (٢٦٣٥) بلفظ: «من قتل عمداً فهو قودٌ»، قال ابن حجر في تلخيص الحبير: «واختلف في وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في العلل الإرسال، ورواه الطبراني من طريق عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده مرفوعاً: العمد قود والخطأ دية، وفي إسناده ضعفٌ» (٤/٢١).




بالحق نبيًّا، لا تُكسر سنّ الرُّبيّع بسنّ جاريةٍ! فقال ﷺ: **«كتاب الله القِصَاص»**، فرضي القوم، فقال ﷺ: **«إنّ لله عبيدًا لو أقسموا عليه لأبرّ قسمهم»**، منهم أنَس بن النضر)[1].

وإذا ثبت وجوب القِصَاص فيما دون النفس، فالمماثلة معتبرةٌ فيه؛ لأنّه أُجْري مجرىٰ الأموال؛ بدلالة أنّه يكون عمدًا محضًا لا شبهة فيه، فلا يجب به قِصَاص، مثل قطع اليد من الساعد، وإذا أُجْري مجرىٰ الأموال، اعتبر فيه المماثلة.

ولأنّهم اتفقوا أنّ الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء، ولا بالنّاقصة الأصابع؛ لعدم المماثلة فيها.

٢٤٤٥ - [فَصْل: المماثلة في القصاص]

قال: وأجمع المسلمون جميعًا أنّه لا تؤخذ العين اليمنىٰ [بالعين] اليسرىٰ، [ولا العين اليسرىٰ بالعين اليمنىٰ][2].

وكذلك اليدان والرجلان، لا تؤخذ اليمنىٰ إلا باليمنىٰ، ولا اليسرىٰ إلا باليسرىٰ، وكذلك أصابع اليدين والرجلين، تؤخذ إبهام اليمنىٰ بإبهام اليمنىٰ، والسبابة بالسبابة، والوسطىٰ بالوسطىٰ، والخِنْصَر بالخِنْصَر، ولا يُؤخذ شيءٌ من الأعضاء إلا بمثله من القاطع.

وكذلك الأسنان: الثَّنِيّة بالثَّنِيّة، والنَّاب بالنَّاب، والضِّرْسُ بالضِّرْسِ، ولا تُؤخذ أعلىٰ بأسفل، ولا أسفل بأعلىٰ.

---

(١) رواه البخاري (٢٥٥٦).

(٢) في أ (ولا عينٌ يسرىٰ بيمنىٰ) والمثبت من ل.

وكذلك الشِّجاج والجِرَاحَات: لا يُقْتصّ فيما يجب القِصَاص منه [إلا في موضع الشَّجّة][1] والجراحة من المشجوج والمجروح، فإذا كانت الشَّجّة في الرأس في مقدَّمه، اقتُصّ من [الشَّاجِّ][2] في مقدمة رأسه في ذلك الموضع من المُقَدَّم، لا يتعدّاه القِصَاص.

وكذلك إن كانت في وَسَطه، أو مؤخّره، أو جنبي الرأس، فُعِل مثل ذلك بالشّاجّ من رأسه.

والأصل في ذلك: أنّ منافع هذه الأطراف مختلفةٌ، ألا ترىٰ أنّ اليمين تخالف في منفعتها اليسرىٰ، والأصابع تخالف بعضها بعضًا في الانتفاع.

والأسنان تخالف بعضها بعضًا، ألا ترىٰ أنّ الثنايا للتقطيع، والأضراس للطحن[3]، فصارت باختلاف منافعها كالجنسين المختلفين، والتلف [للجنس][4] لا يستحق عليه مثله إلا من جنسه.

فأمَّا الشجاج، فإنّ تأثيرها: الشَّيْن الذي يحصل بها، وذلك يختلف باختلاف مواضع الرأس، فإذا شجَّه في مُقَدّم رأسه، لم يجز أنّ يشجه في مؤخَّره؛ لأنّه يستوفي ما ليس بمثل حقه؛ ولهذا قالوا: إنّه يستوفي علىٰ مساحة الشَّجّة في طولها وعرضها؛ لأنّ الشَّيْن يختلف بصغر الشَّجّة وكبرها.

وقد ذكر اختلاف الرواية في القِصَاص (فيما دون المُوْضِحة، وقد قدّمناه.

---

(١) في أ (فيما يجب القِصَاص منه فيه في الشَّجّة إلا من الشَّجّة)، والمثبت من ب.
(٢) في النسخ (الشجاج) والمثبت ما يقتضيه السياق.
(٣) في ل (للعجن).
(٤) في ب (والمتلف الجنس). وفي أ (من جنس) والمثبت من ل.




وأما المُوْضِحة، ففيها القِصَاص)[١] بالاتفاق؛ لأنّ المماثلة ممكنةٌ فيها، ألا ترىٰ أنّه ينتهي بالسكين إلىٰ [٣٣٠/أ] العظم.

وأما المُنَقِّلة والآمّةُ، فقد قدمنا أنّه لا قِصَاص فيها.

٢٤٤٦ - [فَصْل: القصاص في العظم]

قال: ولا قِصَاص أيضًا في عظمٍ إلا السنّ عند أصحابنا، فإنّه إذا كُسِر بعضها، أو نُزِعت، اقتُصّ من الجاني.

والأصل [في هذا]: ما روي عن ابن مسعودٍ أنّه قال: «لا قِصَاص في عَظمٍ إلا السنّ»[٢]، وعن عمر أنّه قال: «لا قِصَاص في عظمٍ»[٣].

وأما السنّ ففيها القِصَاص؛ للآية، ولخبر الرُبيّع.

قال: وإن كانت اسودّت لمّا كسر بعضها، أو احمرّت، أو اخضرّت، أو دخلها عيبٌ يوجب فيما بقي منها حكومةٌ، فلا قِصَاص فيها عند أصحابنا جميعًا، وفيها الأَرْش إذا اسودّ الباقي أو اخضرّ؛ وذلك لأنّه لا يمكن أن يضرب السنّ علىٰ وجهٍ يسوّد الباقي أو يخضّر[٤]، فلو اقتصّ من [البعض][٥] ووجب الأَرْش

(١) ساقطه من ل.

(٢) لم أجده عنه، وإنما روي ذلك عن ابن عباس والنخعي وغيرهما. انظر: مصنف عبد الرزاق ٤٦١/٩؛ الأصل ٥٧٤/٦؛ نصب الراية ٣٣٧/٤.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في المصنف بلفظ: «إنا لا نقيد من العظام»، (٣٩٤/٥) قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: إسناده ضعيفٌ منقطعٌ (٢٦٩/٢).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب، وفيها (أو يسود نصفه).

(٥) في أ، ب (النقص) والمثبت من ل.

في الباقي؛ لَتَعلّق بالجناية الواحدة في العضو الواحد القِصَاص والمال، وهذا لا يجوز أبدًا فيهما.

وفرّق محمدٌ بين (هذا وبين)[1] من قطع أُصْبَع رجلٍ فشُلّت أخرىٰ إلىٰ جنبها؛ وذلك لأنّ هذه جنايةٌ علىٰ جُزءٍ من الجملة، فإذا وجب في الجملة المال بحكمها، لم يجز أن يجب فيها القِصَاص.

فأمّا الأصابع، فكلّ واحدةٍ منها غير تابعةٍ للأخرىٰ، ولا جزءٌ منها، فصارت كالجنايتين المختلفتين.

٢٤٤٧ـ [فَصْل: أخذ الجارحة الصحيحه بالمعيبة]

قال: ولا تؤخذ جارحةٌ صحيحةٌ لا عيب فيها بنقص أَرْشها، بجارحةٍ مَعِيْبَةٍ يُنْقِصها العيب الذي بها من عَقْلِها، ولا تُؤْخذ جارحةٌ صحيحةٌ بشلاء، ولا يدٌ مقطوعٌ منها أُصْبَعٌ، ولا مِفصَل من أُصْبَع يدٍ لم يُقْطع ذلك منها.

وكذلك الأسنان والأصابع، لا يؤخذ صحيحٌ منها بمَعِيْبٍ، وهذا علىٰ ما قدّمنا أنّ المماثلة معتبرةٌ فيما دون النفس، فلا يجوز أن يستوفي ما يزيد أَرْشه علىٰ أَرْش المتلف.

٢٤٤٨ـ [فَصْل: أخذ المعيبة بالصحيحة]

قال: فإن كان العيب في جارحة الجاني، والمجنيّ عليه صحيح الجارحة، فالمجنيّ عليه بالخيار: إن شاء اقتصّ، وإن شاء أخذ أَرْش جراحته؛ وذلك لأنّ

(١) ساقط من ل.




حقّه ثبت في عضوٍ سليمٍ مثل عضوه، فإذا لم يقدر إلا على استيفاء المَعِيب، صار كمن أتلف على رجلٍ ما له مِثْلٌ، فانقطع عن أيدي الناس، ولم يبق منه إلا ما هو ناقص الصفة عن المُتْلَف، فصاحب الحق بالخيار: إن شاء أخذ الموجود، وإن شاء عَدَل إلى القيمة؛ لأنّه لم يقدر على استيفاء جنس حقّه بكماله، فكذلك هذا.

وقد قال أصحابنا: فيمن قطع يدًا صحيحةً ويده ناقصة الأصابع[1]، فاختار المقطوع قطع اليد الناقصة، فلا أَرْش له.

وقال الشافعي: يقطعها ويأخذ أَرْش الأصابع[2].

لنا: أنّ حقه ثبت في مِثْلٍ كاملٍ، فإذا استوفاه ناقص الصفة لم يكن له أن يطالب بالنقصان، كالمُتلف ممّا له مِثْلٌ؛ ولأنّه وضع السكين في الموضع الذي وضعها فيه القاطع، إلا أنّها معيبةٌ، فصار عيبها بنقصان الأُصْبَع كعيبها بالشلل.

وليس هذا كمن أتلف مكيلاً، فوجد [مثل][3] بعضه أنّه يستوفي الموجود وقيمة الباقي؛ لأنّ حقّ المُسْتَحِقّ يتعلق بالمُتْلَف وبكلّ جزءٍ منه، وفي مسألتنا: حقّ المقطوع في قطع الزند دون الأصابع، ألا ترى أنّه لو قال: أنا أقطع الأصابع وأبرئ من الكفّ، لم يكن له ذلك، فدلّ على أنّ الأُصْبَع ليست [بنفس][4] حقّه، وإنّما هي صفةٌ فيه، فهي كالجودة في المكيل، والصحة في العضو.



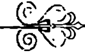
---

(١) في ب (شلاء ناقصة الأصابع).

(٢) انظر: مختصر المزني ص٢٤٢؛ المنهاج ص٤٥٧.

(٣) الزيادة من ل.

(٤) في أ، ب (نفس) والمثبت من ل.

٢٤٤٩ـ [فَصْـل: ذهاب الجارحة قبل القصاص]

قال: فإن ذهبت الجارحة المعيبة قبل أن يختار الجاني أخذها، فقطعها قاطعٌ، بطل حق المجنيّ عليه.

والكلام في هذا أولاً فيمن قطع يدًا صحيحةً ويده صحيحةٌ، فقُطِعت يده، وذلك على وجهين:

إن قُطِعت يده بحقٍّ عليه، مثل أن يُقْتصّ منها، أو تُقْطَع في سرقةٍ، فعليه أَرْش اليد المقطوعة.

فإن قُطِعَت[1] يده بغير حقٍّ عليه، سقط حق صاحب القِصَاص، مثل أن يقطعها رجلٌ ظلمًا، أو تتلف بآفةٍ من السماء.

وقال الشافعي: يجب الأَرْش في الوجهين.

لنا: أنّ حقّ صاحب القِصَاص تعلّق باليد وتعيّن فيها، بدلالة أنّه ليس له العدول إلى الأَرْش مع القدرة، فإذا هلك ما تعلّق [حقه] به، سقط حقه، كالعبد الجاني إذا قُتِل أو مات.

فأمّا إذا قُطِعت يده في قِصَاص، فقد قضى بها حقًا عليه، ومن قضى حقًا عليه بما تعلّق به حقّ غيره، كان مضمونًا، وكذلك الإمام لمّا قضى عليه بالقطع في السرقة، فحكمه يتضمن نَقْل حقّ صاحب القِصَاص إلى الأَرْش، ألا ترى أنّ الإمام لا يحكم بإسقاط حقّ الناس؛ ولأنّها استُوْفِيت لحقٍّ عليه، فكأنّها استُوْفِيت بالقِصَاص.

(١) في ل (تلفت).




وإذا ثبت هذا، قلنا: إذا كانت يد القاطع معيبةً، فتلفت قبل أن يختار المقطوع المال، فحقّه كان متعلقًا بعينها، وإنّما ثبت [له] حقّ العدول باختياره لأجل العيب، فإذا لم يختر حتّىٰ تلفت، فقد هلك ما تعلّق حقّه به، فصارت كالصحيحة إذا تلفت.

ولا يقال: إنّه كان مخيرًا بين أمرين، فإذا فات أحدهما تعيّن الآخر؛ لأنّ حقه لم يثبت إلا في اليد، فكان له أن يعدل عن هذا الحقّ إلىٰ بدله، فإذا تلف لم يجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه.

٢٤٥٠ـ [فَصْل: المماثلة في الاستيفاء]

قال: وكلّ عمدٍ[١] أبان جارحةً[٢] من مَفْصِلٍ، ففيه القِصَاص؛ وذلك لأنّ المماثلة [فيه] ممكنةٌ، ألا ترىٰ أنّه يضع السكين في المَفصِل فيستوفي مثل ما استوفىٰ القاطع.

قال: وما كان من غير المفاصل، فلا قِصَاص فيه؛ وذلك لأنّه لا يمكن استيفاء المماثلة [فيه]؛ لأنّه ليس هناك حدٌّ ينتهي بالقطع إليه.

قال: وسواءٌ كانت الجناية فيما دون النفس بسلاحٍ أو بغير ذلك، ففيه القِصَاص، وهذا علىٰ ما قدّمنا: أنّ ما دون النفس لا يثبت فيه شبه عمدٍ، وإنّما هو عمدٌ أو خطأٌ.



(١) في ب (قال ذلك عمد).

(٢) في ل (جراحه).

٢٤٥١ـ [فَصْـل: ثبوت السراية من الجزء إلىٰ الجملة]

قال: ولو قطع أُصْبعًا من يد رجلٍ، فشَلّت الكفّ، والقطع عمدٌ، فلا قِصَاص في الأُصْبع، وفي اليد دية اليد في قول أصحابنا جميعًا.

وكذلك إن قطع مَفْصِلاً من أُصْبعٍ، فشُلّ ما بقي منها، أو شُلّت الكفّ.

قال [الشيخ]: وجملة هذا: أنّ الجناية إذا وقعت علىٰ جزءٍ، فسَرَت إلىٰ [الجملة][(١)]، أو وقعت علىٰ ما هو تَبَعٌ، فسَرَتْ إلىٰ [المتبوع]، فلا قِصَاص فيهما في قولهم [جميعاً]، وهذا كمن قطع أُصْبعًا فشُلّت الكفّ؛ وذلك لأنّ السِّراية ثبتت من الجزء إلىٰ الجملة، والقطع والسراية كالجناية الواحدة؛ بدلالة أنّه إذا كان عمدًا، كانت السراية عمدًا، وإن كان خطأً، كانت خطأً.

وقد تعلق بسراية هذا القطع المال، فلم يجز أن يتعلق به القِصَاص؛ لأنّ الجناية الواحدة لا يجوز أن [توجب الأمرين][(٢)].

٢٤٥٢ـ [فَصْـل: سريان أثر قطع الأصبع الأولىٰ في الثانية]

قال: فإن قطع أُصْبعًا فشَلّت أخرىٰ إلىٰ جنبها، فإنّ أبا حنيفة قال: لا قِصَاص في شيءٍ من ذلك، وعليه دية الأصبعين.

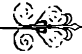
وقال أبو يوسف ومحمدٌ وزفر والحسن: يقتص من الأولى، وفي الثانية أَرْشها.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أنّ القطع إذا حصل في [٣٣٠/ب] عضوٍ فسرىٰ

---

(١) في أ، ب (جملة متبوع) والمثبت من ل.

(٢) في أ (توجب الأرش)، والمثبت من ب.




إلىٰ عضوٍ آخر، والثاني مما لا قِصَاص فيه، فلا قِصَاص في الأوّل عند أبي حنيفة.

والوجه في ذلك: أنّ الجناية وما آلت إليه في حكم الجناية الواحدة، بدلالة ما قدمنا، فإذا ثبت بحكمها المال، لم يتعلق بها القِصَاص لتنافيهما.

ولا يلزم [علىٰ هذا][1] إذا قطع أُصْبعًا عمدًا، (فنفذت السكين إلىٰ أخرىٰ خطأً؛ لأنّهما جنايتان، فلا يكون تلف الثانية بجناية الأولىٰ)[2].

ولا يلزم مَن رَمىٰ إلىٰ رجلٍ بسهمٍ، فنفذ السهم إلىٰ آخر؛ (لأنّهما جنايتان، ألا ترىٰ أنّ الجناية لا تسري من شخصٍ إلىٰ شخصٍ؛ ولأنّ الأوّل لو كان مأذونًا فيه، تعلّق بالثاني الضمان.

وفي مسألتنا: لو كان الأول مأذونًا [فيه] سقط الضمان عن الثاني.

وجه[3] قولهم: أنّ القِصَاص قد تعلّق بالأولىٰ؛ بدلالة أنّه لو استقرت الجناية[4]، وجب القِصَاص بتلف عضوٍ آخر، كتلف نفسٍ أخرىٰ، ولو نفذت[5] السكين من واحدٍ إلىٰ آخر)[6] لم يسقط القِصَاص عن الأوّل، فكذلك هذا.

٢٤٥٣ - [القصاص في المُوْضِحَةِ]

وقال في الجامع الصغير: في رجلٍ شج رجلاً مُوْضِحةً[7] متعمّدًا، فذهب

---

(١) في أ، ب (عليه) والمثبت من ل.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ل (لهما).
(٤) في ل (الجراحة).
(٥) في أ، ب (تعدت) والمثبت من ل.
(٦) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٧) «الموضحة: من الشجاج: وهي التي توضح العظم» أي تُبيِّنه. المغرب (شجّ).

منها بصره، أنّه لا قِصَاص في المُوْضِحة في قول أبي حنيفة، وفيها وفي البصر الأَرْش.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: في المُوْضِحة القِصَاص، وفي البصر الدية، هذه رواية الجامع الصغير عن محمدٍ(١).

وروىٰ ابن سَمَاعة في نوادره: أنّ فيهما القِصَاص جميعًا.

وجه قولهم المشهور: أنّ العين لم تذهب بالسِّراية؛ لأنّ السراية إنّما تكون من جزء إلىٰ جملة، فأمّا من جزءٍ إلىٰ جزءٍ آخر فلا، وإنّما تلف البصر بسبب الشَّجّة، وما تلف بسببٍ لا قِصَاص فيه، كمن تلف بحفر البئر، ووضع الحجر.

وجه قول محمدٍ: أنّ الجناية وقعت علىٰ وجه العمد، فما تولّد منها عمد أيضًا، كما لو سرت إلىٰ النفس، فالقِصَاص ممكنٌ فيما سرت إليه، فوجب فيه القِصَاص.

وليس كذلك إذا شَلّت الأخرىٰ؛ لأنّ القِصَاص لا يمكن فيها، فتعلّق بالأولىٰ(٢)، ووجب في الثانية الأَرْش.

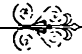
قال محمدٌ: ولو ذهبت عيناه ولسانه و[جماعه](٣)، فعليه في المُوْضِحة والعينين القِصَاص، فأمّا اللسان و[الجماع](٤)، فلا يقدر فيه علىٰ القِصَاص،

(١) وعبارة الجامع الصغير «رجل شجّ رجلاً موضحة، فذهبت عيناه، فلا قصاص في شيء من ذلك، ويجب أرش الموضحة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: في الموضحة القصاص». ص٥٠٤ (عالم الكتاب).

(٢) في ب (فنقله بالأولىٰ).

(٣) في أ (دماغه)، والمثبت من ب.

(٤) في أ (الدماغ)، والمثبت من ب.

فعليه الدية في ماله.

(وهذا ظاهرٌ على أصل محمدٍ الذي رواه ابن سَمَاعة؛ لأنّ ما تولّد من الجراحة العمد إذا كان [يمكن فيه][1] القِصَاص، اقْتُصّ منه، وإذا لم يمكن اقْتُصّ من الأوّل، والعين يمكن فيها القِصَاص، واللسان والجماع لا قِصَاص فيه، فوجب فيه الأَرْش، فيكون في ماله)[2]؛ لأنّه عمدٌ محضٌ لا شبهة فيه، وإنّما تعذّر القِصَاص فصار كما يجب بعفو أحد الوليّين.

٢٤٥٤ـ [فَصْل: ما يقع موقع السلاح في الجناية]

قال: وإذا آلت الضربة إلى النفس، وكانت بحديدةٍ أو خشبةٍ تقع موقع السلاح، ففيه القِصَاص، وهذا قولهم؛ لأنّ السراية [تثبت][3] من الجزء إلى الجملة[4]، فكأنّ الجناية أتلفت النفس ابتداءً.

وإن كانت الضربة بشيءٍ لا يقع موقع السلاح، ففيه الدية على العاقلة؛ لأنّ السراية تَبَعٌ للجناية، فإذا وقعت على وجهٍ لا يجوز أنّ يتعلق به قِصَاص، كان كذلك سرايتها.

قال محمدٌ: وذهاب عينه في المُوْضِحة بمنزلة قطعه أُصْبعه، فسقطت يده من المفصل، فهي جنايةٌ واحدةٌ، اقتصّ من الكفّ كأنّه قطع الكفّ.

قال: وكذلك إن ضربه فقطع السبّابة، فسقطت الوسطى، فقطعهما جميعًا.

---

(١) في أ (يلزمه) والمثبت من ل.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في أ (تسري) والمثبت من ب، ل.

(٤) في ب (لأنّ السراية ثبتت في الجملة).

ولو قطع مَفْصِلاً من السَّبَّابة، فسقطت الوسطى من الضربة، قَطَعتُ الوسطى والمَفصِل من السبّابة.

وهذا على الرواية التي رواها ابن سَمَاعة [عنه]: أنّ السراية إذا أمكن فيها القِصَاص، وجب القِصَاص في الأمرين.

٢٤٥٥ - [فَصْل: القصاص في السراية]

قال: وإنّما أقول ذلك في الشيئين المتباينين، مثل الأُصْبَع والأُصْبَع، والمُوْضِحة والعين[١]، فأمّا أُصْبَعٌ واحدةٌ، فشيءٌ واحدٌ، فلا.

وهذا إنّما يُريد به: أنّ الأُصْبَع إذا قُطِعت فشَلّت أخرى وجب القِصَاص في الأولى؛ لأنّهما في حكم الجنايتين، وإن قطع مَفْصِلاً فشَلّ (بقيّة الأُصْبَع)[٢] فلا قِصَاص؛ لأنّها جنايةٌ واحدةٌ.

قال محمدٌ: فإن قال: أنا أقطع المَفصِل وأترك ما يبس، فليس له ذلك، ألا ترى أنّه لو شجَّه مُنَقِّلةً، فقال: أنا أشجّه مُوْضِحةً، ولا أريد أَرْش ما زاد، لم يكن له ذلك.

وهذا صحيحٌ؛ لأنّ هذه الجناية وقعت غير موجبةٍ للقِصَاص، فلم يكن له الاقتصار على بعضها ليستوفي ما لم يثبت له حقٌّ فيه.

قال محمدٌ: وكذلك السنّ تُكْسَر فيَسْود ما بقي، فطلب أن يكسر القدر الذي كُسِر ولا يريد الأَرْش فيما بقي، فليس في شيءٍ من ذلك قِصَاصٌ؛ لأنّ الجناية

---

(١) في ل (العينين).

(٢) سقطت من ب.




تسقط القِصَاص فيها بوجوب الأَرْش بالاسوِداد، فلم يكن له المطالبة فيما لا قِصَاص فيه.

٢٤٥٦ - [فَصْل: القصاص في الموضحتين]

قال: وإن كَسَر بعض السِنّ، فسقطت، ففيها القِصَاص، وذلك بمنزلة قطع أُصبعٍ من أصابع يده، فسقطت يده، ففيه القِصَاص دون الأُصْبَع؛ لأنّها جناية واحدةٌ، وهذا على أصل محمدٍ.

فأمّا على الرواية المشهورة: فلا قِصَاص في شيءٍ من ذلك.

وقال محمدٌ: إذا ضَرَبه بعصاً فأَوْضَحه، ثم عاد فضربه أخرى إلى جنبها، ثم تآكلتا حتّى صارتا واحدةً، فهما مُوضِحتان، يُقتَصّ منه؛ وذلك لأنّ القِصَاص تعلّق بكلّ واحدةٍ من المُوضِحتين، (وما تآكل بينهما يمكن فيه القِصَاص. ومن أصل محمدٍ)[1]: أنّ الجراحة التي فيها القِصَاص إذا تولّد منها ما يمكن فيه القِصَاص، اقْتُصَّ [منها][2] كما لو آلت إلى النفس.

فأمّا على الرواية المشهورة: فلا قِصَاص في المُوضِحتين؛ وذلك لأنّ ما تآكل فيما بينهما، تلف بسبب الجراحة، وقد بيّنا أنّ التالف بالسبب لا يتعلق به القِصَاص.

فأمّا على قول محمدٍ: فإنّ الجراحة إذا تلف بها ما يمكن القِصَاص فيها، ثبت القِصَاص [فيها][3]، كمن قطع أُصْبُعًا فسقطت أخرى.

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.
(٢) وفي ل (منهما).
(٣) وفي ل (فيهما).

وقال بِشْرٌ عن أبي يوسف: في رجلٍ قطع أُصبع [رجلٍ][١] من مَفصِل عمدًا فسقطت الكفّ والمَفصِل، فإنّ أبا حنيفة قال: لا قِصَاص في ذلك، وفيه دية الكفّ من قِبَل أنّ القطع والجناية إنّما كانت في الأُصْبع، فما حدث منها في بقيّة الكفّ فليس ذلك بالضربة بعينها، ولا بالجرح نفسه.

قال أبو يوسف: أقتصّ منه؛ لأنّ هذا من ذلك.

أمّا على قول أبي حنيفة: فقد بيّنا أنّ ما تلف بسبب الجراحة يجري مجرى التالف بالأسباب؛ لأنّ السراية لا تكون إلا فيما دون النفس، ألا ترى أنّ السراية هي اتصال الألم من الجراحة إلى القلب، (فيؤدي إلى التلف)[٢]، ويستحيل [٣٣١/أ] أن يتصل[٣] الألم بالقلب فتتلف الكفّ، وإذا لم يكن ذلك سرايةً، لم يجب فيها القِصَاص.

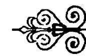
وأمّا أبو يوسف فقال: إنّ الأُصبع جزءٌ من الكفّ، والسراية تكون من الجزء إلى الجملة، كما تكون إلى النفس.

وليس هذا عنده كمن قطع أُصبَعًا فسقطت أخرى إلى جنبها؛ لأنّهما عضوان ليس أحدهما جزءاً من الآخر، فلا تثبت السراية منه إليه؛ فلذلك قال: إنّ القِصَاص في الأولى دون الثانية[٤].



---

(١) في أ (يد رجل)، والمثبت من ب.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ل (يتعدى).
(٤) انظر: الأصل ٦/٥٦٠.

٢٤٥٧ - [فَصْل: فيما يؤدي إذا ضرب سنّاً سقطت واسودت البقية]

قال: ولو أنّ رجلاً ضرب سنّ رجلٍ [عمداً]، فكسر منها طائفة، وتحرّك ما بقي، فإنّ أبا حنيفة قال: تُؤَجّل حولاً، فإن سقطت أو اسودّت تمّ [عقلها][١]، فكان فيها الأَرْش.

وقال أبو يوسف: إن سقطت ففيها القِصَاص، وإن لم تسقط واسودّت، ففيها العقل ولا قِصَاص، هذا كالأُصْبع قُطِعت، فشَلّت الكفّ.

أمّا الاستثناء في كسر السنّ، فعلىٰ أصلنا: أنّ الجنايات فيما دون النفس يُستأنىٰ فيها حتّىٰ يُعلَم ما تؤول إليه، وقد دلّ علىٰ ذلك قوله ﷺ: «**يُستأنىٰ بالجراح حتّىٰ تبرأ**»[٢]، فإذا اسودّت، فلا قِصَاص في قولهم؛ لأنّ التالف جزءٌ

---

(١) في ل (قلعها).

(٢) رواه الدارقطني في السنن من طريق يزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابرٍ بلفظ «يستأني بالجراحات سنة»، وقال الدارقطني: يزيد بن عياض ضعيفٌ متروكٌ (٣/٩٠).
وروىٰ أحمد (٧٠٤٣)؛ والدارقطني في السنن (٨٨/٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنّ رجلاً طعن رجلاً بقَرنٍ في ركبته فجاء إلىٰ النبيّ ﷺ فقال: يا رسول الله أقدني، قال: «حتىٰ تبرأ»، ثم جاء إليه فقال: أقدني، فأقاده، ثم جاء إليه فقال: يا رسول الله عَرَجت، قال: «قد نهيتك فعصيتني، فأبعدك الله وبطل عرجك»، ثم نهىٰ رسول الله ﷺ أن يُقتصّ من جرحٍ حتىٰ يبرأ صاحبه (٦٧/٨).
قال ابن حجر في بلوغ المرام: أعلّ بالإرسال، (٣٨٦)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: رجاله ثقاتٌ (٢٩٦/١).
وروىٰ الدارقطني في السنن (٨٨/٣)، والبيهقي في الكبرىٰ (٦٧/٨)، كلاهما من طريق ابن جريج وعثمان بن الأسود ويعقوب بن عطاء عن أبي الزبير عن جابرٍ: أنّ رجلاً جُرِح، فأراد أن يستقيد، فنهىٰ رسول الله ﷺ أن يُستقاد من الجارح حتىٰ يبرأ المجروح.
وللحديث طرقٌ غير هذه، وفيه كلامٌ سوىٰ هذا. ينظر نصب الراية (٣٧٦/٤) وما بعدها.

من الجملة، فإذا اسودّ [باقيها]، فهي كما لو قطع أُصبعًا فشَلّ الكفّ[1]، (وقد بيّنا ذلك في قولهم.

وأمّا إذا سقطت السنّ فعند أبي حنيفة: لا قِصَاص؛ لأنّها لم تتلف بالسراية، ألا ترىٰ أنّ السراية لا تكون إلىٰ جزءٍ، وإنّما تعفّن ما بقي من السنّ بسبب الكسر، وما تلف بالسبب لا قِصَاص فيه.

فأمّا علىٰ قول أبي يوسف ومحمدٍ: فالتالف [بالجناية] إذا كان مما يجب فيه القِصَاص، اقتُصّ منه، كما لو سرىٰ إلىٰ النفس[2].

٢٤٥٨- [فَصْل: القصاص في بعض اللسان]

قال بِشْرٌ عن أبي يوسف: لا قِصَاص في بعض اللسان حتّىٰ يُقطَع كلّه، وذكر في الأصل: أنّ [اللسان][3] لا يُقتصّ منه.

وجه ما في الأصل: أنّ القِصَاص في اللسان يختلف باختلاف المَدّ، ألا ترىٰ أنّه يُجمَع ويُبسَط، فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه، فسقط القِصَاص.

وقد قالوا جميعًا: لو قطع بعض اللسان، لم يُقتَصّ منه؛ لأنّه ليس هناك مَفصِل يُوقِع فيه القِصَاص، فلا يعلم بالمماثلة.

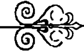
[وجه قول] أبي يوسف: أنّه إذا قطعه من أصله أمكنه المماثلة؛ لأنّه يقطع من أصله، وإذا قطع بعضه لم يمكن فيه المماثلة، فلم يجب القِصَاص.

---

(١) ابتداء من هنا ساقطه من ل.

(٢) انظر: الأصل ٦/٥٥٩.

(٣) في أ (الأصل)، والمثبت من ب.

قال: وإن قطع المارِن، ففيه القِصَاص، فإن قطع نصف قصبة الأنف، لم يكن فيه قِصَاص؛ لأنّه إذا قطع المارِن أمكن استيفاء المماثلة؛ لأنّه يضعُ السكين علىٰ ما لان من الأنف، فأمّا إذا قطع بعض القصبة، فهو عظمٌ، وقد بيّنا أنّ العظم لا قِصَاص فيه.

قال: وإن قطع الحَشَفة ففيها القِصَاص، وإن قطع بعضها فلا قِصَاص؛ لأنّه إذا قطع الحَشَفة فهناك حدٌّ يُوقِع فيه [القِصاص][1]، فتقع المماثلة، وإذا قطع بعضها أو بعض الذَّكَر، فليس هناك حدٌّ يوقع فيه القِصَاص، فصار كقطع بعض اللسان.

فأمّا إذا قطع الذَّكَر من أصله، فقد ذكر في الأصل: أنّه لا قِصَاص؛ لأنّه ينقبض وينبسط، فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه.

وأبو يوسف يقول: إذا استوفىٰ بالقطع أمكنه المماثلة.

وكذلك الشَّفة إن استقصاها بالقطع، ففيها القِصَاص، وإن قطع بعضها فلا قِصَاص؛ لأنّه إذا استوفاها أمكن المماثلة، وإن قطع بعضها، فليس هناك حدّ القطع.

قال، وأمّا الأذُنُ: فما قُطِع منها ففيها القِصَاص إذا كان يُستَطاع ويُعرَف، وإن قطعت كلّها ففيها القِصَاص؛ وذلك لأنّه إذا قطع جميعها أمكنت المماثلة؛ لأنّها لا تنقبض ولا تنبسط، فإن قطع بعضها وللقطع حدٌّ يعرف، أمكنت المماثلة، وإن لم يمكن سقط القِصَاص.

قال: ولا قِصَاص في العين إذا قُوِّرت، أو تفسَّخت، وإنّما فيها القِصَاص

(١) في أ (القطع)، والمثبت من ب.

إذا كانت قائمةً وذهب ضوؤها.

أمّا إذا ذهب ضوؤها، فالقِصَاص ممكنٌ؛ لأنّه يجعل علىٰ وجهه القطن المبلول، وتحمىٰ المرآة وتقرب من عينه حتّىٰ يذهب ضوؤها.

وروي أنّ عليّ بن أبي طالبٍ رضوان الله عليه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ؛ ولأنّ هذا حدث في زمان عثمان ﷺ، (فسأل عنه الصحابة، فلم يكن عندهم فيه شيءٌ، حتّىٰ جاء عليٌّ رضوان الله عليه فقضىٰ بذلك، وعمل عليه عثمان(١))(٢).

فأمّا إذا قوّرت أو تفسّخت، فقد تعذرت المماثلة، ألا ترىٰ أن لو قوّرناها لم يكن هناك حدٌّ لاستيفاء المماثلة، وإن أذهبنا ضوءها فلم يفعل ما فعله الجاني [فيها]، فصار كمن قطع اليد من نصف الساعد، لا يجوز أن تُقطَع يده من الزند.

وذكر ابن سَمَاعة عن محمدٍ: أنّه لا قِصَاص في اللسان، ولا في الذَّكَر إذا قطع من نصفه أو أصله، وقد بيّنا ذلك.

قال: والأُذُنُ إذا قطعها، ففيها القِصَاص، وكذلك إن كان قطع بعضها معروفًا.

---

(١) رواه عبد الرزاق عن معمر عن رجلٍ عن الحكم بن عتيبة قال: لطم رجلٌ رجلاً، أو غير اللطم، إلا أنه أذهب بصره وعينه قائمة، فأرادوا أن يقيدوه فأعيا عليهم وعلىٰ الناس كيف يقيدونه، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون، فأتاهم عليّ فأمر به فجُعل علىٰ وجهه كرسف، ثم استقبل به الشمس، وأدنىٰ من عينه مرآةً فالتمع بصره وعينه قائمة. (٣٢٨/٩).
قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: لم أجده إلا عن علي، أخرجه عبد الرزاق بإسناد فيه مبهمٌ، وهو منقطعٌ أيضاً (٢٦٨/٢).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




قال أبو الحسن ﵀: أجمع أصحابنا على أنّ في الحَشَفة والمارِن القِصَاص.

وقال أبو يوسف: في الأنف والذَّكَر واللسان إذا استوعب كلّ واحدٍ منهما، إنّ فيه القِصَاص.

وقال محمد: لا قِصَاص في الأنف والذكر واللسان وإن استوعب شيئًا من ذلك، وقد بيّنا هذا.

فأما قول أبي يوسف: أنّه إذا قطع الأنف كلّه، وجب القِصَاص، وإنّما يُريد: المارِن.

وأما قصبة الأنف، فهي عظمٌ، وقد أجمعوا أنّه لا قِصَاص في العظم[1].

٢٤٥٩ - [فَصْل: القصاص في الشعور]

وقال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: لو أنّ رجلاً جزّ رأس رجلٍ، أو حلق رأسه، أو حاجبيه، أو شاربه، أو لحيته، فنبت شيءٌ من ذلك أو لم ينبت، فلا قِصَاص فيه؛ لأنّا لا نعلم أنّا إذا صنعنا مثل ما صنع الجاني، لم ينبت الشعر، فإذا تعذّرت المماثلة سقط القِصَاص.

قال: وقال أبو حنيفة: لو أنّ رجلاً قطع كفّ رجلٍ من المَفصِل، أو من المِرفَق من المَفصِل، اقتُصّ منه.

قال: وكذلك لو قطع يد رجلٍ من مَفصِل [المِرفق][2]، وكذلك لو قطع رِجل رَجلٍ من مَفصِل القدم، أو من مَفصِل الركبة، اقتُصّ منه.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٧.

(٢) في أ (الترقوة)، والمثبت من ب.

وكذلك لو قطع رِجل رَجلٍ من مَفصِل الوَرِك؛ [وذلك] لأنّ هذا القطع له حدٌّ توضع السكين في مثله، فتحصل المماثلة، فوجب القِصَاص.

قال: ولو قطع بضعة من لحم فَخِذِ رجلٍ، أو من عضلة ساقه، أو من لحم عضده، أو ساعده، أو أَلْيته، لم يكن في ذلك قِصَاصٌ، وفيه حكومةٌ؛ لأنّه لا يمكن المماثلة، وليس له أَرْشٌ مقدّرٌ.

قال: وإن قطع الذَّكَر من أصله، ففيه القِصَاص، وهذه الرواية من الحسن تخالف رواية محمدٍ، وهي مثل قول أبي يوسف.

قال: وليس في [اللطمة](١) [٣٣١/ب]، ولا في اللكزة، ولا في الوجأة، ولا في الدفعة، ولا في الدَّقَّة قِصَاصٌ؛ لأنّ هذا ألمٌ لا جرح فيه، فحَلَّ محلَّ الألم بالكلام.

قال: وليس في لحم الخدين، ولا في لحم الظهر، ولا في البطن إذا قطع بعضه قِصَاصٌ؛ لما قدّمنا.

وكذلك الذقن؛ لأنّه عظم، [ولا في جلدة الرأس]، ولا في جلدةٍ من البدن إذا قطعت قِصَاصٌ؛ لأنّه لا يمكن استيفاء المماثلة(٢).

٢٤٦٠- [فَصل: اجتماع القصاص والأرش]

قال: فإن قطع مَفصِلاً من أُصْبَع رَجلٍ السبابة، ثم قطع بعد ذلك مَفصِلاً منها)(٣)، فعليه القِصَاص في المَفصِل الأول، وليس عليه قِصَاصٌ في المَفصِل

(١) في أ (الصمة)، والمثبت من ب.
(٢) انظر: الأصل ٥٧٤/٦، ٥٧٥.
(٣) إلىٰ هنا سقطت من ل.

الثاني، وعليه فيه الأَرْش.

وكذلك لو قطع أُصْبَع رجلٍ من أصلها، ثم قطع الكفّ التي فيها الأصبع، كان في الأُصْبَع القِصَاص، ولم يقتص منه في الكف، وكان عليه أَرْش الكف ناقصةً أصبعًا.

وكذلك لو قطع يد رجلٍ وهي صحيحةٌ، ثم قطع ساعده من المِرفَق من اليد التي فيها الكفّ، كان عليه في اليد القِصَاص، وكان عليه في الساعد أَرْش حكومة، ولم يُقتصّ من ساعده، وهذا كلّه على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه نأخذ.

قال أبو الحسن: لم يذكر الحسن أنّ الجناية الثانية كانت قبل البُرء أو بعده، وقال أبو يوسف ومحمدٌ: إذا كانت الثانية بعد برء الأولى، فهما جنايتان[1] مفترقتان، وإذا كانت قبل البرء فهي جنايةٌ واحدةٌ، [فصار] كأنّه قطعهما جميعًا، وذكر قولهما في الزيادات.

وقال: ابن سَمَاعة وعليٌّ عن أبي يوسف: كلّ جراحةٍ وجنايةٍ تكون من رجلٍ في مقامٍ واحدٍ أو مقامين، غير أنّ الأخيرة من ذلك كانت قبل بُرء الأولى، فمات المجروح من ذلك، أو من بعضه، أو من الأول، أو من الأخيرة، وذلك كلّه خطأ، فإنّ عليه ديةً واحدةً دية النفس.

وإن كان ذلك عمدًا، فإنّ في هذا القِصَاص في النفس.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّه لمّا قطع المَفصِل الأول، صار الثاني ناقصًا،

(١) في ل (جنايات متفرقات).

فقد قطعه وهو ناقصٌ عن مَفصِلِ القاطع ، ألا ترىٰ أنّ استحقاق القِصَاص في طرف الجاني ليس بعيبٍ ، بدلالة أنّ قاطعًا آخر لو قطعه وجب عليه القِصَاص إن كان عامدًا ، وكمال الأَرْش إن كان مخطئًا ، فإذا لم يوجب ذلك نقصًا في طرفه ، لم يجب عليه قِصَاصٌ في عضوٍ كاملٍ بقطع عضوٍ ناقصٍ .

وجه قولهما : أنّ الجنايتين إذا كانتا قبل البُرء ، فكأنّهما وقعتا بضربةٍ واحدةٍ ، بدلالة أنّ من قطع يد رجلٍ خطأً ، ثم قتله خطأً ، وجب عليه ديّةٌ واحدةٌ ، فكأنّه قطع المَفصِلين معًا .

وأما إذا برأ القطع الأول ، فقد استقرت الجناية وثبت حكمها ، وحصل القطع الثاني مع اختلاف المفَصِلين ، فلا يجب القِصَاص[1] .

٢٤٦١ - [اجتماع القصاص في المَفصِلِ والنَّفْسِ]

قال : وكلّ جراحةٍ عمدٍ برأت وكان الموت من غيرها ، فللإمام أنّ يقتصّ من ذلك المَفصِلِ إذا طلب الوارث ذلك ، ثم النّفسُ .

وإن شاء اقتصّ من النفس وترك المَفصِلِ ؛ لأنّهما تلفا[2] بجنايتين استقر حكمهما ، فإذا اقتصّ فيهما ، فقد حصلت المماثلة .

وإن شاء يقتصر علىٰ النفس ؛ لأنّ ما دونها يتلف بتلفها .

٢٤٦٢ - [فَصْـل : تداخل الجنايتين في جنايةٍ واحدةٍ]

قال : ولو كانت الجنايات من رَجُلَيْن ، فمات من جناية أحدهما دون الآخر ،

---

(١) انظر : الأصل ٦/٥٧٦ وما بعدها .
(٢) سقطت من ب . وفي ل (بلغا) .




كان هذا مخالفًا لذلك، إن كان ذلك كله خطأً: فعلىٰ صاحب النفس دية النفس، وعلىٰ صاحب الجراحة فيما دون النفس أَرْش ذلك.

وإن كان عمدًا: فعلىٰ صاحب النفس القِصَاص في النفس، وعلىٰ صاحب الجناية فيما دونها القِصَاص في ذلك إن كان يُستطاع، وإن لم يُستَطع فالأَرْش.

قال أبو يوسف: والرجل الواحد في هذا مخالفٌ للاثنين[1]؛ وذلك لأنّ جناية الاثنين يختلف حكمها، فصارت كالجنسين من الحقّ، فلا يثبت فيه التداخل، وجناية الواحد جنسٌ واحدٌ لاتفاق حكمها، فإذا لم تستقر الأولىٰ، فكأنّ التلف حصل بجنايةٍ واحدةٍ.

فأمَّا إذا استقرت الأولىٰ بالبُرء، فحكم جناية الواحد والاثنين سواءٌ؛ لأنّه لم يقف حكم الأولىٰ علىٰ الثانية، فصار كجناية الواحد التي لا تقف علىٰ غيره.

وأما إذا جنىٰ الواحد جنايةً خطأً، ثم قبل البُرء جنىٰ جنايةً عمدًا، أو الأولىٰ عمدًا والثانية خطأً، قضي عليه بالنفس إن كانت هي العمد بالقِصَاص، (وإن كانت هي الخطأ بالأَرْش، ويقضىٰ عليه بالجراحة إن كانت هي الخطأ بالأَرْش، وإن كانت هي العمد بالقِصَاص)[2]؛ وذلك لأنّ العمد والخطأ حكمهما مختلفٌ، فلم يقع التداخل بينهما كالحقوق المختلفة، فاستوىٰ فيها استقرار الجراحة الأولىٰ وعدم استقرارها.

قال: وإذا تعمّد الرجل ضرب موضعٍ من جسد إنسان، فأخطأ ووقع في غير

---

(١) في ب (كالاثنين) خطأ.

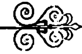
(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.




الموضع الذي عمده بالضربة، فمات، فعليه القِصَاص؛ وذلك لأنّ القِصَاص يتعلق باعتماد الضرب، فلا فرق بين أن تقع الضربة في الموضع الذي اعتمده أو في غيره، إذا كان الضرب في الموضعين جميعًا يوجب حكمًا واحدًا[1].



(١) انظر: الأصل ٦/٥٧٤ ومابعدها.

بَابُ
في الجوارحِ الناقصةِ



قال ابن سَمَاعة عن محمدٍ في نوادره: قال أبو حنيفة: كلّ شيءٍ فيه أَرْشٌ، فإن كان فيه ضَعفٌ بعد أن لا يكون يابسًا فَقطعَه رَجلٌ، كان فيه قِصَاصٌ، بمنزلة أُصْبَعٍ قد ذهب منها المَفصِل الأول، فإن قطع رَجلٌ المَفصِل الثاني، فإنّ عليه ثلث الألف، لا ينقص من ذلك شيءٌ.

وإن كانت الأُصْبَع ضعيفةً ليست بيابسةٍ، بمنزلة يدٍ ضعيفةٍ بيدٍ شديدةٍ، ولو كان ذلك القاطع قد ذهب بالمَفصِل الأعلىٰ من أصبعه أيضًا، وهي أُصْبَعٌ واحدةٌ، كان للمجني عليه القِصَاص في أُصْبَع الجاني؛ وذلك لأنّ المَفصِل إذا لم ينقص أَرْشه بالجناية، لم يعتدّ بضعفه، وصار كالناقص في أصل الخِلقة، أنّ المَفصِل القويّ يُقطَع به.

يبيّن ذلك: أنّ اليد إذا جُرحَت فضعفت بالجراحة فلم تبرأ، فعقلها تامٌّ، والقِصَاص واجبٌ علىٰ من قطعها، وإن كانت يده قويةً، فكأنّه قطع يدًا ضعيفة في الخلقة، أنّ يده تُقطَع وإن كانت قويةً.

٢٤٦٣ - [فَصْل: فيما ليس له أرشٌ مقدرٌ]

قال: وكلّ شيءٍ منها ليس فيه أَرْشٌ معلومٌ، فإنّما فيه حكمٌ [كقطع] رجلٍ ذلك من رجلٍ، والقاطع علىٰ مثل حاله، فلا قِصَاص فيه، وهذا كمن قُطِعَت يده

اليمنىٰ من الزند، وقُطِع ساعده [٣٣٢/أ] من المِرفَق[(١)]، فلا قِصَاص علىٰ القاطع في ساعده.

وقال أبو يوسف: أنظر في هَذا، فإن كانا سواءً، اقتصصتُ [منه، وإن لم يكونا سواءً لم أقتصّ.

وقال بِشرٌ في نوادره: عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في يدٍ فيها أُصبَعٌ زائدةٌ، قطع رجلٌ الكفّ عمداً، وفي يد القاطع زائدةٌ مثل ذلك، قال: قال أبو حنيفة: لا قصاص، وفيها حكومة عدلٍ، وكذلك قطع أحدهما ساعد الآخر.

وقال أبو يوسف: إن كانا سواءً اقتصصت][(٢)] في الوجهين.

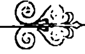
وجه قول أبي حنيفة ومحمدٍ: أنّ قطع الكفّ يوجب وهن الساعد وضعفه، وليس له أَرْشٌ مقدّرٌ، فلا تُعلم المماثلة بين الساعدين إلا بالحزر والظن، وذلك لا يوجب القِصَاص، فأمّا الكفّ التي فيها أُصْبَعٌ زائدةٌ، فذلك نقصٌ فيها وعيبٌ، وهو نقصٌ يُعلَم بالحزر والظن، فمنع ذلك من جريان القِصَاص.

وليس هذا كالمَفصِل الأوسط من الأُصبع؛ لأنّ وهنه بالقطع لم يوجب نقصان أَرْشه، فلم يمنع من وجوب القِصَاص فيه.

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ المماثلة في القطع ممكنةٌ من المَفصِل، فإذا كانا سواءً في القوّة، صارا كالعضوين الصحيحين[(٣)].

---

(١) وفي أ (قطع من المرفق)، وفي ب (فقطع ساعداً قطع من المرفق)، والمناسب للسياق ما في ل.
(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من ب، ل.
(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٧ وما بعدها.

٢٤٦٤ ـ [فَصْل: الأصبع الزائدة في القصاص بمثلها]

قال: ومن قطع أصبعًا زائدةً وفي يده مثلها، فلا قِصَاص عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأنّ الأُصْبَع الزائدة تجري مجرىٰ الثؤلول والسلعة(١)، ومعلومٌ أنّ من قطع ذلك لم يجب عليه قِصَاصٌ، فكذلك هذا.

وكذلك روىٰ الحسن عن أبي حنيفة في الأقطعين والأشلّين: أنّه لا قِصَاص بينهما، كانت يد الذي قطعت يده أقلّهما شللاً أو أكثر أو هما سواءٌ، وهو قول أبي يوسف.

وقال زفر: إن كانا سواءً، ففيهما القِصَاص، وإن كانت المقطوعة يده أقلّهما شللاً، كان بالخيار: إن شاء قَطْعَ يد القاطع وهي أنقصُهما، قَطَعَ، وإن شاء أن يُضَمّنه أَرْش يده شلاء، وإن كانت يد المقطوعة يده أكثر منها شللاً، فلا قِصَاص، وله أَرْش يده، وهذا قد بيّناه في الأقطعَين.

فأمّا الأشلَّين، فالنقص في يديهما أوجب اختلاف أرشيهما، فصارا كالساعدين، وقد ذكر الحسن قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، فيحصل عنه روايتان.

وذكر قول زفر مثل الرواية الأولىٰ عن أبي يوسف، قال: وكذلك روىٰ الحسن عن أبي حنيفة في مقطوع الإبهام من يده اليمنىٰ أو أصابعها كلها، قطع يمين رجلٍ وهو مقطوع الإبهام من يده (اليمنىٰ، أو مَفصِل من يده اليمنىٰ)(٢)، أو مَفصِل من إبهامه، لم يكن بينهما قِصَاصٌ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) السِّلعة ـ بكسر السين ـ خراج كهيئة الغدة، وتكون في رأس الإنسان ووجهه أو سائر جسده، وقد تكون كحمصة وكبطيخة وما بينهما. ينظر تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص (٢٩٥).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




وقال زفر: أنظر في ذلك علىٰ ما تقدّم، وهذا علىٰ ما قدّمنا؛ لأنّ قطع الإبهام يوهن الكفّ ويُسقِط تقدير أَرْشها.

قال أبو الحسن: وإذا قطع أشلُّ صحيحًا، أو أُشِلّ القاطع بعد القطع، فالمجني عليه بالخيار: إن شاء قطع يد الأشلّ ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ترك وأخذ دية يده صحيحةً (إذا كانت شلاء قبل القطع.

وإن شُلَّتْ بعد القطع: فإن شاء قطع، وإن شاء ترك ولا شيء له غير القِصَاص؛ وذلك لأنّ الأشل إذا قطع الصحيح، فإنّ المقطوع لا يقدر علىٰ استيفاء حقّه من جنسه بكماله؛ لأنّ حقّه في يدٍ صحيحةٍ)[1]، فكان بالخيار: بين أخذ المثل مع العيب، أو الانتقال إلىٰ العوض كالمُتلَفات.

وأمّا إذا كانت يد القاطع صحيحةً ثم شُلَّتْ بعد القطع، فلا حقّ للمقطوع في الأَرْش؛ لأنّ حقه يثبت ابتداءً من غير خيارٍ، فلو ذهبت اليد بآفةٍ من السماء سقط حقه، ولم ينتقل إلىٰ الأَرْش، فكذلك إذا انتقصت بآفةٍ من السماء.

٢٤٦٥ - [فَصْل: سقوط القصاص بذهاب الحق]

قال: فإن قُطِعت يد القاطع بغير حقٍّ، بطل حقّ الأول، وإن قُطِعت في قِصَاصٍ أو سرقةٍ، ضمن دية المقطوع يده.

وهذا علىٰ ما بيّناه: أنّ اليد التي تعلق بها القِصَاص إذا ذهبت بغير حقٍّ، سقط القِصَاص، وإن ذهبت بحقٍّ، انتقل الحقّ إلىٰ الأَرْش، ألا ترىٰ أنّه أسقط بها حقًّا عن نفسه وهو القِصَاص وضمان المسروق، فكأنّه قضىٰ دينه بما تعلّق

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

به حقّ غيره.

[وعن أبي يوسف: فيمن فقأ عين أحولٍ: لا قِصاص عليه، لأنّ الحَوَل [نقص في العين][1]، والمماثلة معتبرةٌ فيما دون النفس][2][3].

٢٤٦٦ـ [فَصل: القصاص فيما إذا قطع يمين رجلين]

قال [أبو الحسن]: وإذا قطع الرجل يمين رجلين، فإنّ لهما أن يقطعا يده[4] بأيديهما ويأخذا منه دية يدٍ بينهما نصفين.

وقال الشافعي: تقطع يده للأول، وللثاني الأَرْش[5].

لنا: أنّ حقّ كلّ واحدٍ منهما ثبت في اليد بأسبابٍ متساويةٍ، فلم يُقدّم أحدهما على الآخر، كالشفيعين.

ولا يقال: إنّ حقّ الأول تعلّق باليد، فإذا قطع الثانية لم يتعلّق حقّ الثاني[6] بما تعلّق به حقّ الأول[7]، وصار كالرهن، أنّ حقَّ الغرماء لا يتعلّق به؛ وذلك لأنّ تعلّق القِصَاص باليد يثبت حكمًا بغير تعليق، فيصير كالدَّينين في الصحة أو في المرض، أنّهما يتعلّقان بالمال على وجهٍ واحدٍ وإن تقدّم أحدهما الآخر.

(١) في ب (أنقص في المعنى) والمثبت من ل.
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ب، ل.
(٣) انظر: الأصل ٥٥٩/٦ وما بعدها.
(٤) في ب (يمينه).
(٥) انظر: الأم ص١١٤٣.
(٦) في ب (حق الغير).
(٧) في ل (الغير).




وإنّما يُقضَى لهما بدية يدٍ[1]؛ لأنّ ما دون النفس يُعتَبر فيه المماثلة، وهو مّما يتبعّض بالإتلاف، فكلّ واحدٍ منهما إنّما استوفى بعض اليد [من طريق الحكم][2]، وصار القاطع قاضيًا ببعضها حقّاً عليه، فضمنه [من طريق الحكم][3] في حقّ الآخر.

وليس هذا كالرجل يقتل رجلين، [فيقال][4] لوليهما: إنّه لا دية لهما؛ لأنّ النفس لا يُعتَبر فيها المماثلة؛ ولأنّ إتلاف الروح لا يتبعّض [بوجهٍ]، فيصير كلّ واحدٍ منهما كالمستوفي لجميعه.

ولأنّه لمّا [سَلَّم][5] يده لهما، فقد قضى بعض دَيْن كلّ واحدٍ منهما بما تعلّق به حقّ الآخر، فصار مضمونًا عليه، وهو من أهل الضمان المبتدأ بعد القطع؛ فلذلك لزمه الضمان.

فأمّا القتل، فإذا سلّم نفسه إليهما، فقد قضى حقّ كلّ واحدٍ منهما بما تعلّق به حقّ الآخر، إلا أنّه ممّن لا يلزمه الضمان المبتدأ في تلك الحال؛ لأنّ الميت لا يبتدأ بضمانٍ لم يكن؛ فلذلك لم يلزمه ضمانٌ.

٢٤٦٧ - [فَصْل: اقتصاص الحاضر والغائب من الجاني]

قال: وأيّهما حضر والآخر غائب، فله أنّ يقتصّ ولا ينتظر الغائب، ويكون

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.
(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.
(٤) في الأصل (فيقتل) والمثبت بحسب ما يقتضيه السياق.
(٥) في أ (قطع)، وفي ب (أسلم) والمثبت من ل.

للآخر دية يده ؛ وذلك لأنّ حقّ كلّ واحدٍ منهما ثبت في جميع اليد ، وإنّما سقط حقّه عن بعضها بالمزاحمة ، فإذا غاب الآخر فلا مزاحم للحاضر ، ولا يجوز أن يسقط حقه من القِصَاص لِحق الغائب ، ويجوز أن يحضر فيطالب ، ويجوز أن يُبرِئ .

وعلىٰ هذا قالوا في الشفيعين : إذا حضر أحدهما قُضِي له بالجميع ؛ لأنّه لا مزاحم له في الحال ، فلا يجوز أن يسقط حقّه عن بعض الشُّفعة لحقّ الغائب ، ويجوز أن يحضر فيطالب ، ويجوز أن يحضر فلا يطالب . [٣٣٢/ب]

قال : وأمّا قوله : إنّ للآخر دِيَة يده ؛ فلأنّ القاضي (لمَّا قضىٰ بها للأوّل ، لم يجز أن يُسقِط حقّ الثاني ، وإنّما ينقله إلىٰ عوضٍ[١] .

٢٤٦٨ - [فَصْل : إعفاء أحد الوليين عن القصاص]

قال : وإن عفا أحدهما)[٢] بطل حقّه ، وكان للآخر القِصَاص ؛ وذلك لأنّ حقّ كلّ واحدٍ منهما ثبت في جميع اليد ، وإنّما ينقص بالمزاحمة ، فإذا زالت بالعفو ، بقي حقّ الآخر بحاله ، كالشفيعين والغريمين .

٢٤٦٩ - [فَصْل : تعدي أحدهما علىٰ الجاني بقطع يده]

قال : وكذلك لو عدا أحدهما علىٰ القاطع فقطع يده ، فقد استوفىٰ القِصَاص ، وللآخر الدية ؛ وذلك لأنّه استوفىٰ ما تعلّق حقّه به ، ولا يمكن فسخ الاستيفاء ، فانتقل حقّ الآخر إلىٰ الدية .

وأما إذا قضىٰ القاضي بالقِصَاص بينهما نصفين (وبدية اليد بينهما

(١) انظر : التجريد ١١/٥٥٨١ وما بعدها .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .




نصفين)، ثم عفا أحدهما، فللآخر أن يستوفي القِصَاص.

قال محمدٌ: إذا قضىٰ القاضي بالقِصَاص في اليد بينهما نصفين، وبدِيَةِ اليد بينهما نصفين)[1]، ثم عفا أحدهما، بطل القِصَاص.

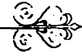
وجه قولهما: أنّ القاضي إذا قضىٰ بالقِصَاص بينهما، فلم يسقط حقّ كلّ واحدٍ منهما عن القِصَاص؛ لاستحالة أن يُقَدّم إسقاط الحقّ قبل سلامة البدل، فإذا لم يسقط حقّ كلّ واحدٍ منهما، صار عفو الآخر بعد القضاء كعفوه قبله، وعلىٰ هذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنّ حكم الحدّ موقوفٌ بعد القضاء علىٰ الاستيفاء، حتّى لو رجع شاهدٌ، صار كرجوعه قبله في وجوب الحدّ على الباقين[2].

[وجه قول] محمدٍ: أنّ القاضي لما قضىٰ لهما بالدِّيَة، فقد ملّكهما [ذلك]، ونقل حقّهما إلىٰ العوض، فيستحيل أن يبقىٰ في المعوض، فصار مسقطًا لحقّ كلّ واحدٍ منهما عن نصف اليد، فلا يثبت القِصَاص بعد العفو.

واستشهد محمدٌ بالشفيعين إذا قضىٰ بالشُّفْعة بينهما، ثم أسقط أحدهما حقّه، لم يكن للآخر إلا النصف، ولو أسقط حقّه قبل القضاء ثبت حقّ الآخر في الجميع.

وكذلك المدعيين لشراء عينٍ من واحدٍ، [إذا] أقاما البيّنة، فقضىٰ القاضي بها بينهما، فاختار أحدهما الترك، لم يكن للآخر إلا النصف، ولو اختار قبل القضاء كان للآخر الجميع.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (علىٰ الثاني).

وأما إذا قضىٰ القاضي بالدِّيَةِ بينهما، فقبضاها، ثم عفا أحدهما، لم يكن للآخر القِصَاص؛ لأنّهما [لمّا] قبضا البدل، ثم ملّكهما فيه، فاستحال أن يبقىٰ [حق] في المبدل، فسقط[1] حقّ كلّ واحدٍ منهما عن نصف اليد، فإذا عفا، لم يكن للآخر القِصَاص.

وكذلك لو أخذا بالدِّيَةِ رهنًا؛ لأنّ الرهن كان للوثيقة بالدين[2]، ألا ترىٰ أنّه إذا هلك سقط الدين، فصار قبضهما الرهن كقبضهما للدين.

وأمّا إذا أخذا بالدية كفيلاً، ثم عفا أحدهما، فللآخر القِصَاص؛ وذلك لأنّ الكفالة لم تجر مجرىٰ الاستيفاء، وإنّما هو توثّقٌ بالدية، فصار ثبوت الحقّ في الذمة الثانية كثبوته في الأولىٰ.

٢٤٧٠ - [فَصْل: قطع أصبع من رجل ثم قطع يد آخر]

قال: وإذا قطع رجلٌ أُصْبَع رجل من مَفصِلٍ، ثم قطع يد آخر، أو بدأ باليد ثم قطع الأُصبَع، وذلك كلّه في اليمين، ثم اجتمعا، فإنّه يقطع أُصبعه بأُصْبَع هذا، ثم يخيّر صاحب اليد: فإن شاء قطع ما بقي، وإن شاء أخذ بدل اليد من مال القاطع؛ وذلك لأنّ حقّ صاحب اليد تعلّق باليد، وحقّ الآخر تعلّق بالأُصبَع، فلو بدأ القاضي بالقِصَاص في اليد، سقط حقّ صاحب الأُصبَع.

ولو بدأ بالأُصْبَع لم يسقط حقّ الآخر؛ لأنّه يتمكن من القِصَاص في بعض حقّه، فكان تبقية[3] حقّ أحدهما واستيفاء حقّ الآخر أولىٰ من استيفاء أحدهما

(١) في ب (فصار)، والمناسب في السياق ما في الأصل.

(٢) في ب (كان الدين فيه).

(٣) في ل (تبعة).

وإسقاط الآخر ، ثمّ قد صارت الكفّ معيبةً بقطع الأُصبَع ، فكان الآخر بالخيار علىٰ ما قدّمنا.

٢٤٧١ - [فَصْل: تقدُّمُ صاحب اليد علىٰ صاحب الأصبع في القصاص]

قال: وإن جاء صاحب اليد قبل صاحب الأُصبَع ، قُطعَت له اليد ، فإن جاء صاحب الأُصْبَع بعد ذلك ، أخذ الأَرْش ؛ لأنّ حقّ صاحب اليد ثابتٌ ، فلا يجوز أنّ يُؤخّر لحقّ الغائب ، ويجوز أن يحضر فيطالب ، ويجوز أنّ لا يطالب.

٢٤٧٢ - [فَصْل: قطع الإبهام من أفراد متعددين]

قال: ولو قطع أُصْبَع رجلٍ من مَفصِلٍ ، ثم قطع أُصْبَع آخر من مفصلين ، ثم قطع أُصْبَع آخر كلّها ، وذلك كلّه في أُصْبَع واحدٍ ، ثم اجتمعوا جميعًا ، قُطِع منه المَفصِل الأعلىٰ لصاحب الأعلىٰ.

ثم يخيّر صاحب المفصلين: فإن شاء قُطِع له الأوسط(١) بحقّه كلّه ، وإن شاء أخذ ثلثي دية أُصبَعه من ماله.

ثم يخيّر صاحب الأُصْبَع: فإن شاء أخذ ما بقي بأُصبَعه ، وإن شاء أخذ ديّة أُصبَعه من مال(٢) الذي قطعها.

وهذا علىٰ ما قدمنا: أنّ حقّ كلّ واحدٍ منهم [يثبت] في مثل ما قُطِع منه ، فوجب أن يبتدئ [القاضي](٣) بما لا يُسقِط حقّ بعضهم ، ثم يُخيّر الباقين للعيب

(١) في ب (الأول) ، والمناسب في السياق ما في الأصل ، ل.

(٢) في ل (من الذي).

(٣) في أ (بالقصاص) ، والمثبت من ب ، ومناسبته للسياق أقوىٰ.




الحادث بالطَّرَف.

قال: ولو قطع من رجلٍ يمينه، ومن آخر يساره، قُطِعت يمينه لصاحب اليمين، ويساره لصاحب اليسار؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]؛ ولأنّه يمكن استيفاء المماثلة لهما.

ولا يقال: إنّ القاطع لم يبطل جنس منفعة أحدهما، فلا يجوز أن نبطل جنس منفعته؛ لأنّ القِصَاص يجوز أن يبطل به المنافع، وإنّما لا يجوز ذلك في السرقة.

٢٤٧٣ - [فَصْل: اجتماع قطع يدين لرجلين]

قال: ولو قطع كفَّ رجلٍ من مَفصِل، ثم قطع يد آخر من المِرفَق، ثم اجتمعا، فإنّ الكف يُقطَع لصاحب الكفّ، ثمّ يخيّر صاحب المِرفَق: فإن شاء قطع ما بقي بحقّه كلّه، وإن شاء أخذ الأَرْش، ولا أبالي بأيّهما يبدأ، وهذا علىٰ ما قدّمنا.

قال: وإذا شجّ الرجلُ الرجلَ شجّةً مُوْضِحةً، فأَخَذَت ما بين قرني المشجوج، وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاجّ، فإنّ المشجوج يخيّر: فإن شاء اقتُصّ له فيبتدئ من أي الجانبين شاء حتّىٰ يبلغ مقدارها في طولها إلىٰ حيث يبلغ، ثم يكفّ.

وإذا كانت الشَّجّة [ما] بين قرني المشجوج، وهي تأخذ ما بين قرني الشاجّ (وتفضل، فإنّه يخيّر المشجوج أيضًا: فإن شاء أخذ الأَرْش، وإن شاء اقتصت

له ما بين قرني الشاجّ)[1] لا أزيد على ذلك شيئًا.

وإذا كانت الشَّجّة في طول رأس المشجوج، وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ قفا الشاجّ، فهو بالخيار: إن شاء اقتصصت بمثل طولها إلى حيث تبلغ، وإن شاء أخذ الأَرْش.

وحكى الطحاويّ عن عليّ بن العباس الرازي أنّه قال في [هذه] المسائل: إذا كانت الشَّجّة لا تستغرق ما بين قرني الشاجّ لكبر رأسه، وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر رأسه، اقتصصت ما بين قرنيه وإن زاد على طول الشَّجّة.

وجه قول أصحابنا: أنّ الشَّجّة يثبت حكمها للشَّيْن الذي يلحق بها، ومعلومٌ أنّ الشَّيْن يزيد بزيادة طولها، أو باستيعابها[2] ما بين القرنين، فإذا كان المشجوج صغير الرأس فَسَدّت الشَّجّة ما بين قرنيه، لم يجز أن يستوفي ما بين قرني الشاجّ وهو أكبر من ذلك؛ لأنّ طول الشَّجّة فيه زيادة شَيْنٍ، ولم يكن بدٌّ من إثبات القِصَاص بقدرها، [٣٣٣/أ] ولصاحب القِصَاص أن يبتدئ من أيّ الجانبين شاء؛ لثبوت حقّه فيهما، وله أن ينتقل إلى الأَرْش؛ لأنّ هذه الشَّجّة لا تلحق بالشاجّ من الشَّيْن ما يلحق المشجوج؛ لأنّها تبْقى قطعةً من جهته، فصار كالعيب في محلّ القِصَاص، فإن شاء استوفاه بعينه، وإن شاء انتقل إلى الأَرْش.

وأمّا إذا كان ما بين قرني الشاجّ أقلّ ممّا بين قرني المشجوج، فلا يمكن أن يستوفي ما بين قرنيه وزيادةً؛ لأنّ في ذلك زيادة شَيْنٍ، فكان المشجوج بالخيار: إن شاء اقتصر على ما بين القرنين، وإن شاء انتقل إلى الأَرْش.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في ل (وباستيفائها).

وجه ما قاله أبو العباس[1]: أنّ [القصاص] يُستوفَىٰ بين[2] العضوين وإن كان أحدهما أكبر من الآخر، كاليد الكبيرة بالصغيرة، وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنّ المقصود باليد المنفعة، وقد تكون منفعة اليد الصغيرة أكبر من منفعة الكبيرة، والمقصود من الشِّجاج الشَّيْن، ولزيادة الشَّجّة تأثيرٌ في زيادة الشين[3].

٢٤٧٤ - [فَصْل: جناية رجلين علىٰ رجل فيما دون النفس]

قال: وإن جنىٰ رجلان علىٰ رجلٍ جنايةً فيما دون النفس مما يجب علىٰ الواحد فيها القِصَاص لو كان انفرد بها، فلا قِصَاص عليهما، قطعا يده أو رجله، أو قلعا سنًّا، أو كائنًا ما كان من الجوارح التي يجب علىٰ الواحد فيها القِصَاص، فلا قِصَاص عليهما، وعليهما الأَرْش نصفان، وكذلك ما زاد علىٰ ذلك من العدد، فهو بمنزلة هذا لا قصاص عليهم، وعليهم الأَرْش علىٰ عددهم بالسواء.

وقال الشافعي: يجب القِصَاص علىٰ القاطعين وإن كثروا[4].

لنا: أنّه إتلافٌ لما يتبَعّض، فإذا اشترك فيه الجماعة، لزم كلّ واحدٍ منهم بقدر قسطه كالمال.

ولأنّ ما دون النفس يُعتَبر فيه المماثلة، واليدان ليستا مِثْلاً ليدٍ[5] واحدةٍ، فلا يجوز أن يستوفيا بها.

---

(١) في ب، ل (ما قاله الرازي).

(٢) في ل (من).

(٣) انظر: الأصل ٥٧٨/٦.

(٤) انظر: الأم ص١١٤٢.

(٥) في ل (بمثل لليد الواحدة).

ولأنّ كلّ واحدٍ منهما متلفٌ لبعض اليد ، فكأنّه وضع السكين من جانبٍ ، ووضع الآخر من جانبٍ آخر ، ثم اعتمدا حتّى التقت السكينان ، لم يجب القِصَاص بالاتفاق .

وليس هذا كقتل الاثنين للواحد ؛ لأنّ القياس يقتضي ألّا يُقتلا ، وإنّما تركنا القياس للأثر ؛ ولأنّ خروج النفس لا يتبعّض ، فصار[1] كلّ واحدٍ منهما كالمتلف لجميعها .



(١) هذه الكلمة سقطت من ب .




بَابُ
من يستحقُّ القصاص



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا قتل الرجلُ رجلاً قتلاً يوجب القِصَاص، استحقّ دمه من يَستحق ماله علىٰ فرائض الله ﷻ، ذَكَرَهُمْ وأنثاهم، والعَصَبَة منهم وغير العَصَبَة سواءٌ، والحقّ لهم في ذلك جميعًا، يدخل في ذلك الزوج والزوجة أيضاً؛ وذلك لأنّ القِصَاص أحد بدلي النفس، فانقسم بين الورثة كالدِّيَة.

والدليل علىٰ أنّ الدِّيَةَ بين الورثة: أنّها مالٌ للميِّت، تُقْضَىٰ منها ديونه، وتنفذ منها سائر[1] وصاياه كسائر أمواله.

وأمّا الزوج والزوجة، فإنّهما يرثان من الدية. وقال مالكٌ: لا يرثان[2].

وقد كان عمر رضي الله عنه يقول ذلك حتّىٰ شهد عنده الضحَّاك بن سفيان الكلابي، قال: كنت علىٰ بني كلابٍ، فورد عليّ كتاب رسول الله ﷺ: «أنْ أُوَرِّثَ امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم»، فرجع عمر بن الخطاب إلىٰ قوله[3]، وعن عليٍّ رضوان الله عليه أنّه قال: «الدية لمن أحرز الميراث»[4]؛ ولأنّها مالٌ للميت

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) انظر: الموطأ (١٦٢١).

(٣) رواه أبو داود (٢٩٢٧)؛ والترمذي (١٤١٥) وقال: «حسنٌ صحيحٌ»؛ وابن ماجه (٢٦٤٢)؛ ومالك في الموطأ (١٦١٩).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٥/٤١٧)؛ والبيهقي في الكبرىٰ (٦/٢٤٦).

كسائر أمواله.

وإذا ثبت أنّ الزوج والزوجة يرثان الدية، فكذلك القِصَاص؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما بدلٌ عن النفس.

٢٤٧٥ - [فَصْـل: في استيفاء البعض القصاص دون بعض]

قال: وليس لبعضهم أن يقتصّ دون بعضٍ حتّىٰ يجتمعوا؛ وذلك لأنّه حقٌّ مشتركٌ بين جماعةٍ لا يولي علىٰ بعضهم، فلا يجوز لأحدهم أن ينفرد باستيفائه كالدية.

٢٤٧٦ - [فَصْـل: الوكالة في استيفاء القصاص]

قال: وليس لهم ولا لأحدهم أن يوكّل في القِصَاص من يقوم مقامه فيه.

وقال الشافعي: يجوز التوكيل باستيفاء القِصَاص[١].

لنا: أنّ الوكيل لو استوفىٰ مع غيبة الموكّل، استوفىٰ مع الشبهة، لجواز أن يكون الموكّل قد عفا، ولا يجوز استيفاء القِصَاص مع الشبهة.

ولا يلزم إذا وكّله وهو حاضرٌ؛ لأنّه لا شبهة في الاستيفاء، ألا ترىٰ أنّه لو عفا لأظهر العفو؛ ولأنّ ذلك إنّما جاز[٢] للضرورة، ألا ترىٰ أنّ كلّ واحدٍ لا يحسن استيفاء القِصَاص، فلو[٣] لم يجز له أن يقيم [غيره] مقامه، بطل حقّه، وهذا لا يوجد مع الغيبة.

---

(١) انظر: الأم ص١١٤٠.

(٢) في ب (إذا جاز).

(٣) في ل (فلم يجز).

٢٤٧٧ـ [فَصل: استيفاء الأبناء الكبار القصاص قبل بلوغ الصغار]

وقال أبو حنيفة: إذا قُتِل الرجل وله ولدٌ صغارٌ وكبارٌ، فللكبار من ولده أن يَقْتُلُوا قبل بلوغ الصغار.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: ليس للكبار [أن يَقْتَصُّوا] حتّىٰ يبلغ الصغار.

وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: محمدٌ مع أبي حنيفة.

[وجه قول] أبي حنيفة: ما روي أنّ الحسن عليه السلام، اقْتَصَّ من ابن ملجم وفي ورثة عليّ عليه السلام صغارٌ، وقد أوصىٰ إليه عليّ عليه السلام بذلك، وقال: «اِضْرِبْهُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً»(١)، فلولا أنّ القِصَاص يجوز للورثة من الكبار، لم يسكتوا عن إنكاره.

ولا يقال: إنّه قُتِل حدًّا؛ لأنّه لو كان كذلك لم يَشترط عليٌّ أن يضربَ ضربةً واحدةً؛ إذ المماثلة إنّما تُعتَبر في القِصَاص.

والذي يقوله أصحابُ الشافعي أنّه قتله بالكفر. لا يصحّ(٢)؛ لأنّ صاحبهم قال: إنّ ابن ملجم قتل عليًا متأوّلاً، فاقتيد به؛ ولأنّ الدّم إذا اشترك فيه من يثبت له الولاية ومن يُولىٰ عليه، كان لمن ثبتت له الولاية أن ينفرد بالاستيفاء، كمن قُتل ولا ولي له فاشترك المسلمون في دمه، جاز للإمام أن يقتص منه.

وقد وافقنا أبو يوسف في الدم إذا كان بين الأب والابن؛ ولأنّا لو انتظرنا القِصَاص لم يخل إمّا أن يُنتَظر ليُستَوفىٰ باجتماعهم، أو لجواز أن يعفو الصغير، ولا يجوز أن يُنتَظر ليجتمعوا علىٰ الاستيفاء؛ لأنّهم لو حضروا جميعًا وهم

---

(١) رواه الطبراني في الكبير (٩٧/١)؛ وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: إسناده منقطعٌ، (٢٤٩/٦).
(٢) في ب (غلط).

بالغون(١) انفرد بالاستيفاء واحدٌ، ولا يجوز أن يُنتَظر لتجويز العفو؛ لأنّه ما من قِصَاصٍ إلا ويرجىٰ من الوليّ فيه العفو، ولا يمنعه ذلك من القِصَاص في الحال، ولا يلزم إذا كان بعضهم غائبًا؛ لأنّا لا نقتصّ لجواز أن يكون قد عفا، لا لانتظار عفوه، وهذا المعنىٰ معدومٌ في الصغير.

وجه قولهما: أنّه حقٌّ ثبت بين الصغير والكبير، فلا يملك الكبير أن يستوفي جميعه كسائر الحقوق؛ ولأنّه دمٌ مشتركٌ، فلا يجوز لأحد الشريكين أن ينفرد باستيفائه، كالكبيرين إذا كان أحدهما غائبًا(٢).

٢٤٧٨ - [فَصْل: عفو بعض الورثة عن القاتل]

قال: فإن عفا من له شركةٌ في الدم عن القاتل بطل القِصَاص عنه، وكان عليه حقوق من لم يعف من الدية في ماله خاصةً، [٣٣٣/ب] ولا شيء للعافي من الدية؛ وذلك لما روي: «أنّ دمًا بين شريكين عفا أحدهما، فاستشار عمرُ ابنَ مسعود رضي الله عنهما فقال: إنّي أرىٰ هذا قد أحياه، فلا يملك الآخر أن يميت ما أحياه هذا، فعمل عمر علىٰ قوله»(٣)، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف.

ولأنّ الحق المشترك، يملك كلّ واحدٍ من الشريكين إسقاط حقّه عن نصيبه منه، (كما يملك)(٤) لو انفرد به، أصله الديون.

فإذا سقط نصيب العافي من القِصَاص، بقي نصيب الآخر لا يمكن استيفاؤه،

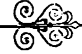
---

(١) في ب (وسموا وهم بالغون).

(٢) انظر: التجريد ١١/٥٥٥٧.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥/٤١٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٨/٦٠؛ ومحمد في الحجة علىٰ أهل المدينة ٤/٣٨٣.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

ودم العمد إذا تعذّر استيفاؤه، [انقلب] مالاً[(١)]، كمن قطع يدًا من نصف الساعد، ويكون ذلك في مال القاتل؛ لأنّه لم يجب بنفس القتل، وإنّما وجب بسبب حادثٍ، فهو كما وجب بالصلح، ولا شيء للعافي منه؛ لأنّه أسقط حقّه عن الأصل، فلم يثبت [له حق] في البدل.

وقد قال أصحابنا: في دمٍ عمدٍ بين شريكين عفا أحدهما، فللآخر نصف الدية في مالِ القاتل في ثلاث سنين، وقال زفر: في سنتين.

لنا: أنّها جزءٌ من الدية، فَيُقَسَّطُ علىٰ السنين الثلاث، كما لو لزم بعض العاقلة.

وجه قول زفر: أنّ نصف الدية لم يلزم من أجزاء ديةٍ واجبةٍ، وإنّما هو جملة الواجب، فصار كما يجبُ بقطع اليد.

٢٤٧٩ - [فَصل: عفو أحد الشريكين عن القصاص وقتل الآخر][(٢)]

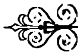
[ولو عفا أحد الشريكين عن القصاص، فقتله الآخر ولم يعلم بالعفو، أو علم ولكن لم يعلم أنّه يسقط القِصاص، فلا قَوَد عليه.

وقال زفر: عليه القَوَد.

لنا: أنّ الذي يستحقّ في الظاهر، ومن استوفىٰ قتلاً مستَحَقّاً في الظاهر لم يُقتص منه وإن كان غير مستَحَقٍّ، كمن شهد له الشهود بقتل أبيه، فقتل قاتله [ثم جاء أبوه حياً.

(١) في ب (انتقل استيفاؤه مالاً) والمثبت من ل.

(٢) هذا الفصل جميعه زيادة من ب، ل.




لزفر][1]: أنّ القصاص سقط بالعفو، فصار كمن ظنّ أنّ رجلاً قتل أباه، فقتله[2].

والجواب: أنّ هذه [الشبهة] لم تستند إلىٰ سببٍ ظاهرٍ، فلم يُعتدّ بها، والشبهة في مسألتنا قد استندت إلىٰ سببٍ ظاهرٍ.]

٢٤٨٠ - [فَصْـل: القصاص في قتل العبد]

قال: وإذا قُتل العبد عمدًا، فالقِصَاص علىٰ القاتل لسيّده.

وكذلك إن كان له مَولَيان أو ثلاثة، فالقِصَاص لهم علىٰ قدر أملاكهم منه؛ لأنّ المولىٰ مالكٌ لدم عبده، كما يستحق الوارث دم الموروث، فجريا مجرًىٰ واحدًا؛ ولأنّ المولىٰ مالك للعبد قبل القتل، والوارث لا يملك الموروث ولا حقوقه إلا بعد الموت، فإذا ثبت له القِصَاص؛ فلأن يثبت للمولىٰ وحقّه ثابتٌ في الحالين أولىٰ.

٢٤٨١ - [فَصْـل: حق من لم يعف عن الدم إذا عفا البعض]

قال: وإن عفا أحدهم، فهو والورثة سواءٌ، غير أنّه يجب[3] لمن لم يعف من المولىٰ حصّته من القيمة؛ وذلك لأنّ الدم مشتركٌ بين الموالي، فإذا أسقط أحدهم حقّه منه، سقط بإسقاطه، كما يسقط حقّه لو انفرد بملك العبد، ويكون للباقين حصّتهم من القيمة؛ لأنّها بدلٌ عن العبد، كالدية التي هي بدلٌ عن الحرّ.

(١) في ب هنا عبارة غير واضحة، والزياده من ل.
(٢) انظر: التجريد ١١/٥٦٠٩.
(٣) في ل (لا يجب).

٢٤٨٢ـ [فَصْل: صلح أو عفو أحد الورثة القاتل من حقه على مال]

قال: ولو كان صَالَح أحدُ الورثة أو الموالي[١] القاتلَ من حقّه على مالٍ، جاز الصُلْح، وكان له على القاتل ما شرط عليه في عقد الصلح في ماله خاصةً، ووجب لمن لم يصالح من الورثة حصّته من الدية، ولمن لم يصالح من الموالي حصّته من القيمة[٢].

والأصل في جواز الصلح من الدم على مالٍ: قوله ﷺ: «**من قتل له قتيل، فأهله بين خيرتين: إن شاؤوا قَتَلُوا، وإن شاؤوا أخذوا الدية**»[٣]؛ ولأنّ القِصَاص حقٌّ فيه معنى المال؛ بدلالة أنّه لو دخلته شبهةٌ انتقل مالاً من طريق الحكم، فالحقوق[٤] التي فيها معنى المال، يجوز الصلح فيها [على مال][٥] كالعيب بالمبيع.

وإذا ثبت جواز الصلح، يسقط نصيب المصالِح بصلحه، فهو كما لو سقط بعفوه، فينتقل حقّ الباقين مالاً.

قال: وإذا قتل الرجلان الرجلَ الواحدَ عمدًا، فعفا الوليّ عن أحدهما، فله أن يقتل الآخر؛ وذلك لأنّ الوليّ له أن يعفو عنهما، فجاز أن يعفو عن أحدهما.

وإذا عفا عنه، فقد كان القِصَاص ثابتًا [له] على كلّ واحدٍ منهما بكماله،

---

(١) في ل (لمولى القاتل).

(٢) انظر: مختصر القدوري ص (٤٤٥).

(٣) رواه البخاري (٢٣٠٢)؛ ومسلم (٦٤٨٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) في ب (فصل)، وكأنه استئنافٌ لمسائل جديدة، وذلك لا يناسب السياق.

(٥) الزيادة من ل.

فسقوطه عن أحدهما لا يوجب سقوطه عن الآخر، كما لو سقط بموته، وكما لو انفرد الثاني(١) بالقتل.

قال: وكذلك إن قتل رجلٌ واحدٌ رجلين، لكلّ واحدٍ منهما وليٌّ، فعفا وليّ أحدِ المقتولين عن القاتل، فللوليّ الآخر أن يقتله؛ وذلك لأنّ كلّ واحدٍ منهما لو انفرد ثبت له القِصَاص، فإذا عفا أحدهما، صَارَ كأن لم يكن له حقٌّ في الابتداء، فيثبت للآخر القِصَاص.

٢٤٨٣ - [فَصْل: ميراث القاتل المقتولَ]

قال: وإذا كان في ورثة المقتول ولدٌ للقاتل، أو ولد ولدٍ، أو مات بعض الورثة فورثه القاتل، بطل القِصَاص، وكان عليه الدية لجماعتهم، ولا يبطل حقّ الذي بطل القِصَاص من أجله، وإنّما لم يجب للولد قِصَاصٌ على والده لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، فمنع من إدخال الضرر عليهما بهذا القول، فلأن يمنع من إدخال الضرر بالقِصَاص أولى.

ولأنّه لو قتله لم يجب عليه قِصَاصٌ، فلا يجب له قِصَاصٌ لأجل غيره.

وإذا سقط نصيب الابن تعذّر القِصَاص في الباقي، وانتقل مالاً، وينتقل نصيب الابن أيضًا مالاً؛ لأنّه لم يعف عن نصيبه، وإنّما [يتعذّر عليه](٢) الاستيفاء؛ لأنّه ممنوعٌ من [إلحاق] الضرر بأبيه، ويجوز أن يثبت له على أبيه دينٌ، فانتقل نصيبه إلى المال.

---

(١) في ل (الباقين).

(٢) في أ (يعتبر به)، والمثبت من ب.

وأما إذا ورث القاتل بعض القِصَاص، سقط القِصَاص؛ لأنّه يستحيل أن يثبت له قِصَاصٌ على نفسه، وإذا سقط ما انتقل إليه، تعذّر القِصَاص في الباقي، فانتقل مالاً.

[مسائل في القصاص للعبيد]

٢٤٨٤ - [فَصْل: قصاص المُدَبَّر وأم الولد للمولى]

[قال]: والمُدبَّر والمُدبَّرة، وأمّ الولد وابن أمّ الولد بمنزلة العبد، القِصَاص فيهم للمولى، أو للموالي إن كانوا جماعةً؛ وذلك لأنّهم على ملكه، ألا ترى أنّه يؤاجرهم[1] بحقّ الملك، ويطأ المُدبَّرة وأمّ الولد بحقّ الملك، فصاروا كالعبيد القنّ.

٢٤٨٥ - [فَصْل:]

وإذا قُتِل المُكاتَب ولم يترك وفاءً، فللمولى القِصَاص في قولهم؛ لأنّ الجراحة وقعت والولاية للمولى، وحصل الموت وهو المستحِقّ لبطلان الكتابة وموته على الرقّ، وإذا ثبت له الاستحقاق في الحالين، كان له القِصَاص كالعبد القنّ.

[وليس هذا كالعبد المُعتَق بعضه إذا مات عاجزاً؛ لأنّه ذكر في [المنتقى][2] عن أبي حنيفة: أن لا قِصاص؛ لأنّ عجز المُكاتَب تنفسخ به الكتابة، فكأنّها لم تكن، وموت المعتق لا ينفسخ عتقه، والمولى يستحقّ القِصاص في بعضه بالولاء

(١) في ل (أنه يوآخذ بحق الملك).
(٢) في ب (المسألة) والمثبت من ل.

وفي بعضه بالملك، ولا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين][1].

وأمّا إن ترك وفاءً، ووارثه غير المولىٰ، فلا قِصَاص في قولهم؛ لأنّ الجراحة وقعت والمستحقّ هو المولىٰ لبقاء الرقّ، وحصل الموت والمستحقّ غير المولىٰ، فلمّا تغيَّر المستحقّ، صار ذلك شبهةً في سقوط القِصَاص، كمن جرح عبده فباعه، فمات في يد المشتري، لم يثبت للمشتري قِصَاصٌ؛ لأنّه لم يكن له حقٌّ عند الجراحة.

وأما إذا ترك وفاءً ووارثه المولىٰ، فذكر في الجامع الصغير: أنّ للمولىٰ القِصَاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال بِشْرٌ عن أبي يوسف في كتاب البيوع: لا قِصَاص للمولىٰ، وهو قول محمدٍ.

[وجه قول] أبي حنيفة، والمشهور من قول أبي يوسف: أنّ المولىٰ هو المستحقّ لحقوق المُكاتَب في الحالين، ألا ترىٰ أنّه كان يستحقّ في حال الجراحة؛ لبقاء الرقّ، ويستحقّ عند الموت بحكم الولاء، والمستحقّ في الطرفين إذا كان واحدًا وجب له القِصَاص، كمولىٰ العبد.

[وجه قول] محمدٍ: أنّ المولىٰ يستحقّ [القصاص] عند الجراحة بسبب الملك، ويستحقّ بعد الموت[2] بحكم الولاء، فلما اختلفت جهة الاستحقاق، صار اختلافهما كاختلاف المستحقّ، فيمنع ذلك من القِصَاص.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ وزيدت من ب، ل.

(٢) في ل (الملك).

وهذا ليس بصحيح؛ لأنّ وارث الحُرِّ لا حقّ له عند الجراحة؛ بدلالة أنّ عفوه لا يصح، وإنّما يثبت له حقّ أن يستحق، ويَستحقّ بعد الموت، فقد اختلفت جهة استحقاقه في الحالتين، [٣٣٤/أ] إلا أنّه لمّا لم يَختلف المستحقّ، وجب القِصَاص، فكذلك هذا.

قال أبو يوسف: وإن كان الوارث غير المولىٰ، فاجتمع الوارث[1] والمولىٰ علىٰ القِصَاص، فلا قِصَاص لهما؛ وذلك لأنّ المولىٰ سقط حقّه بالعتق، واجتماعه[2] مع الوارث لا يُعتَدّ به، فبقي الوارث وحده، وقد بيّنا أن لا قِصَاص له.

٢٤٨٦ - [فَصْل: قُتِلَ العبد في يد البائع]

قال أبو يوسف في إملائه: في عبدٍ قُتِل في يد البائع قبل القبض عمدًا، إنّ المشتري إن اختار إجازة البيع، قال: فحفظي عن أبي حنيفة[3]: (أنّ للمشتري القِصَاص، فإن اختار ردّ البيع، فحفظي عن أبي حنيفة أنّه قال)[4]: للبائع القِصَاص. وقال أبو يوسف: للبائع القيمة.

أمّا إذا اختار المشتري الإجازة، فالعبد علىٰ ملكه، وقد تمّ ملكه بالإجازة، فكأنّ العبد قُتِل في يده.

وأمّا إذا اختار الفسخ، فوجه قول أبي حنيفة: أنّ البيع ينفسخ من أصله،

(١) في ل (فاجتمع المولىٰ والوارث علىٰ الوارث).
(٢) في ب (فاجتمع).
(٣) في ب (أنّ أبا حنيفة قال).
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

ويصير كأن لم يكن، وكأنّ العبد قُتِل على ملك البائع، فيثبت له [حقّ][1] القِصَاص.

(لأبي يوسف: أنّ البائع لم يثبت له حقّ القِصَاص)[2] عند الجراحة؛ لأنّ الملك كان للمشتري، فلا يثبت له القِصَاص بعد الموت.

٢٤٨٧ - [فَصْل: قُتِلَ العبد في يد المرتهن]

قال: ولو كان المقتول رهنًا، فقُتِل في يد المرتهن، فإن اجتمع الراهن والمرتهن على القِصَاص، فلهما ذلك، فإن اختلفا فلهما القيمة، وكذلك روى محمدٌ عن أبي حنيفة، وهو قوله.

وإنّما لم يجز لواحدٍ منهما أن ينفرد بالقِصَاص؛ لأنّ الراهن إذا اقتصّ أسقط حقّ المرتهن من الدين، فللمرتهن منعه من ذلك، وأمّا المرتهن، فليس يملك العبد، فلا يثبت له القِصَاص، فإذا اجتمعا، فقد رضي المرتهن بإسقاط حقّه، فكأنّ العبد قُتِل وليس برهنٍ.

٢٤٨٨ - [فَصْل: قُتِلَ العبد في يد الزوج]

وقال أبو يوسف: في العبد إذا قُتِل في يد الزوج قبل أن تَقْبِض[3] المرأة، أو عبدٍ قُتِل في يد امرأةٍ اختلعت به، أو كان في يد قاتلٍ صالح عليه من دمٍ عمدٍ، فذلك كلّه بمنزلة البيع؛ وذلك لأنّ المستحقّ إذا رضي باتباع القاتل، فقد تمّ ملكه

(١) الزيادة من ب.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ل (تقتضيه).

في العبد، فيثبت له القِصَاص، فإذا طالب بالقيمة، انفسخ الملك في العبد من أصله، فكأنّه قُتِل علىٰ ملك الزوج.

٢٤٨٩ - [فَصْل: قَتِلَ العبد في يد المشتري الذي له الخيار]

قال: ولو قُتِل في يد المشتري، وللمشتري خيار شرطٍ أو خيار رؤيةٍ، فالقِصَاص للمشتري، قبض البائع الثمن أو لم يقبض؛ وذلك لأنّه لما قُتِل سقط خيار الشرط والرؤية بحدوث العيب، وتمّ البيع، فكأنّه قُتِل ولا خيار.

قال: وإن كان الخيار للبائع: فإن شاء البائع اتبّع القاتل فقتله، وإن شاء ضَمّن المشتري القيمة، ولا قِصَاص للمشتري.

قال: وكذلك حفظي عن أبي حنيفة في الغاصب، ورأيت أنّ الغاصب والبائع سواءٌ.

أمّا البائع؛ فلأنّ العبد علىٰ ملكه، وهو مضمونٌ علىٰ المشتري بالقبض، فإن لم يختر ضمان المشتري كان له القِصَاص؛ لأنّ العبد قُتِل علىٰ ملكه، فإن اختار تضمين المشتري، فقد نقل الملك فيه[1] إليه بالضمان، وانتقال الملك بعد ثبوت[2] القِصَاص (يسقط القِصَاص؛ لأنّ[3] المشتري بالضمان قام مقام البائع، فيثبت له القيمة إذا دخل في القِصَاص)[4] شبهةٌ.

وعلىٰ هذا، إذا قُتِل العبد في يد الغاصب، فلمولاه القِصَاص؛ لأنّ العبد

(١) سقطت من ب.
(٢) في ل (سبب).
(٣) في ل (إلا أن المشتري).
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

علىٰ ملكه، وإن كان في ضمان الغاصب، فإذا ترك التضمين، ثبت له القِصَاص.

وأمّا إذا ضمن الغاصب، (فقد نقل الملك إليه بالضمان، وذلك مسقطٌ للقِصَاص، إلا أنّ الغاصب قام بالضمان مقامه)[1]، فكان له القيمة إذا تعذّر استيفاء القِصَاص.

٢٤٩٠- [فَصْـل: قُتِلَ عبد الوصية]

قال: ولو أنّ عبدًا مُوصًىٰ برقبته لرجلٍ، وبخدمته[2] أو غلّته لآخر، وهو يخرج من الثلث، وقَبِلَ الوصية، فقتَله رجلٌ عمدًا، [قال]: فإن اجتمعا علىٰ القِصَاص، قتلا، وإن اختلفا، فعلىٰ القاتل قيمته، يشتري بها عبدًا، فيكون في مثل حاله؛ وذلك لأنّ الموصىٰ له بالرقبة[3] إذا اقتصّ[4] أسقط حقّ الموصىٰ له بالمنفعة والغلّة، فكان لصاحب المنفعة أن يمنع من ذلك.

فإن اجتمعا علىٰ القِصَاص، فقد أسقط صاحب المنفعة حقّه[5]، فلم يبق إلا حقّ صاحب الرقبة، فكان له القِصَاص.

وإن اختلفا تعذّر استيفاء القِصَاص، فوجبت القيمة، يشتري بها عبدًا [ليُنفِّذ][6] فيه الوصيتين؛ لأنّه ما أمكن تنفيذ الوصايا، فهو أولىٰ من إبطالها، ويمكن التنفيذ بأن يشتري بالقيمة عبدًا.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (أو بخدمته)، والمناسب في السياق ما في أ.
(٣) في ل (برقبة العبد).
(٤) في ب (إذا قبض)، والمناسب في العبارة ما في أ.
(٥) في ب، ل (منفعته).
(٦) في أ، ل (تنفذ)، والمثبت من ب، وهو أنسب في السياق والإعراب.

[وقد قالوا في هذه المسألة، وفي مسألة عبد الرهن: إنّهما إذا اجتمعا، فالذي يقتصّ الراهن وصاحب الرقبة؛ لأنّ المرتهن والموصىٰ له بالمنفعة أسقطا حقّهما، فبقي الحقّ للمولىٰ][1].

٢٤٩١- [فَصْل: العفو عن القاتل]

قال: والعفو عندي عن القاتل أفضل لقوله تعالىٰ: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥]، قيل في التأويل: للمقتول، وقيل: للولي، ثم قال تعالىٰ: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

٢٤٩٢- [فَصْل: الحكمُ بالقصاص والأرش بعد البُرء]

قال: ولا يُحكَم بقِصَاصٍ في قتلٍ ولا جراحةٍ حتّىٰ يكون البُرء منها، وكذلك لا يحكم بأَرْشها.

وقال الشافعي: يُقتَصّ منها في الحال[2].

لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «**لا يستقاد من الجراح حتّىٰ تبرأ**»[3]، وروي أنّ رجلاً جرح حسان بن ثابتٍ في فخذه بعظمٍ، فجاء الأنصارُ إلىٰ رسول الله ﷺ، فطلبوا القِصَاص، فقال: «**انتظروا ما يكون من صاحبكم**»[4].

ولأنّه يثبت[5] من أصلنا: أنّه لو مات من الجراحة، وجب القِصَاص في

---

(١) ما بين المعقوفتين سقطت من أ، ل والمثبت من ب.
(٢) انظر: مختصر الزمني ص ٢٤٢؛ المنهاج ص٤٧٥.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٥٣/٩)
(٥) هذه الكلمة سقطت من ب، ل.

النفس دون الجراحة ، فلو استوفينا القِصَاص فيها استوفيناه ولا نعلم أنّه مُستَحَقٌّ ، وهذا لا يصحّ .

فأمّا جراحة الخطأ فلا شبهة فيها ؛ وذلك لأنّ الجناية فيما دون النفس قد توجب أكثر من الدية ، فإذا سَرَتْ أوجبت الدية ، فلو استوفينا ما وجب بالجراحة قبل البُرء ، استوفينا مالا نعلم أنّه مُستَحَقٌّ ، وهذا لا يصحّ .

[قال: وإذا ثبت أنّه يُستأنىٰ بالجراحة ، فقد قالوا فيمن ضرب سنّ رجلٍ فتحرّكت ، فأجّله القاضي سنةً ، ثمّ جاء المضروب وقد سقطت سنّه فقال: إنّما سقطت من الضربة ، وقال الضارب: إنّما ضربه رجلٌ آخر ، فالقول قول المضروب ، وإن جاء بعد السنة فالقول قول الضارب ؛ وذلك لأنّ القاضي إنّما يؤجّله هذه المدة انتظاراً لما يحدث من الضربة ، فإذا سقطت السنّ ولم يُعلَم حدوث معنىً آخر ، فقد حكمنا بسقوطها فيما وقع التأجيل له ، وإذا سقطت بعد الحول فلم يُنتَظَر بالضربة هذه المدّة ، فلا نعلم أنّ السقوط من الضربة ، فالقول قول الضارب ، وقد قالوا: إنّما لا يستأنىٰ[1] فيه إذا اختلفا فيما تولّد منه ، فالقول قول الضارب ؛ لأنّه يجوز أن يكون حدث منه ، ويجوز أن يكون حدث من غيره ، وليس هناك تأجيلٌ يكون[2] ظاهراً فيما يحدث ، فجُعل القول قول الضارب][3] .

[قال الشيخ]: ومما يلحق بهذا الباب:

٢٤٩٣ - [مَسألةٌ: دم عمد بين اثنين شهد أحدهما علىٰ الآخر أنه عفا]

ما قال محمدٌ: في دمٍ عمدٍ بين اثنين شهد أحدهما علىٰ الآخر أنّه عفا ، فإن

(١) في ل (إنما ينانا فيه).
(٢) في ل (يضر).
(٣) الزيادة من ب ، ل.




صدّقه القاتل والمشهود عليه، بطلت حِصَّةُ المشهود عليه، وانتقل نصيب الشاهد مالاً، وله أن يأخذ نصف الدية؛ لأنّهما لمّا صدّقاه، فكان العفو معلوماً، فيسقط به حقّ العافي، وينتقل نصيب شريكه مالاً، وإن كذّباه جميعًا، فقد بطل نصيبُ الشاهد، [وصار][1] نصيب المشهود عليه مالاً[2]؛ لأنّ الشاهد لما شهد، فقد أقرّ بإبطال حقّه من القِصَاص، ثم ادّعىٰ لنفسه المال، وإقراره علىٰ نفسه بإبطال القِصَاص جائزٌ، ودعواه للمال باطلٌ، وصارت شهادته كالعفو منه؛ لأنّ القِصَاص بطل بقوله، فانتقل نصيب شريكه مالاً.

فإن صدّقه القاتل وكذّبه المشهود عليه، فإنّه يُقضىٰ علىٰ القاتل بِدِيَةٍ كاملةٍ، لكلّ واحدٍ منهما النصف؛ [٣٣٤/ب] لأنّ القاتل لما صدّق الشاهد، فقد أقر أنّ نصيب الشاهد صار مالاً، وادّعىٰ إبطال حقّ الآخر، فلا يُصدَّق القاتل علىٰ إبطال حقّ الآخر؛ ولأنّ نصيب الشاهد لما انتقل مالاً انتقل نصيب شريكه؛ لأنّ بطلان القِصَاص لم يكن من جهته.

وأمّا إذا كذّبه القاتل، وصدّقه المشهود عليه، فالقياس: ألّا يلزم القاتل شيءٌ، والاستحسان: أنّ علىٰ القاتل نصف الدية للشاهد، ولا شيء للمشهود عليه.

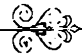
وجه القياس: أنّ الشاهد أبطل حقّه؛ لأنّه أقرّ بإبطال القِصَاص، وادّعىٰ أنّ نصيبه صارَ مالاً[3]، وكذّبه القاتل بذلك، فبطل حقّه، وكأنّه عفا، فلما صدّقه المشهود عليه، فقد أبطل حقّه حين أقرّ بالعفو، فبطل حقّهما جميعًا، وهذا قول زفر.

---

(١) في أ (وضمان مَن أقر)، والمثبت من ب، ل.

(٢) هنا في ب زيادة: (وإن شهد ولم يصدّقاه، بطلت شهادته؛ لأنّه لا مُدّعي لها، وينتقل نصيب شريكه مالاً)، والسياق لا يحتملها، لأنّها تكرارٌ للعبارة قبلها.

(٣) في ب، ل (أنّ نصيبه مالٌ).

وجه الاستحسان: أنّ الشاهد بالعفو لمّا كذّبه القاتل، فقد أقرّ القاتل أنّ نصيب المشهود عليه صار مالاً[1]، فلما قال المشهود عليه: قد عفوت، صار كأنّه قال: المال الذي أقرّ لي به القاتل هو للشاهد، فينفذ إقراره، كرجلٍ أقرّ لرجلٍ بمائةٍ، فقال المُقَرُّ له: هذه لزيدٍ، وليس لي عليك شيءٌ.

٢٤٩٤ـ [فَصْل: دم عَمْدٍ بين اثنين وشَهِدَا معًا علىٰ العفو]

ولو شهد كلّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه: أنّه قد عفا، فإن كانت إحدىٰ الشهادتين قبل الأخرىٰ، فالكلام فيه كالكلام في المسألة الأولىٰ.

وإن كانت الشهادتان معًا، فهو علىٰ ثلاثة أوجهٍ: إمّا أن يصدّقهما القاتل جميعًا، أو يكذّبهما [جميعاً]، أو يصدّق أحدهما ويكذّب الآخر.

فأمّا إذا كذبهما جميعًا، فلا شيء لواحدٍ منهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما أقرّ بإبطال القِصَاص، وادَّعىٰ المال، فلا تقبل دعواه علىٰ المال، ويجوز إقراره بإبطال القِصَاص.

وأمّا إذا صدّق أحدهما خاصّةً وكذّب الآخر، فإنّه يغرم للذي صدّقه نصف الدية، ولا شيء للذي كذّبه؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما ادّعىٰ عليه المال، وهو قد صدّق أحدهما[2]، فثبت له المال بتصديقه، وبطل حقّ الآخر بتكذيبه.

وأما إذا صدّقهما جميعًا، فالقياس: أن يغرم لهما الدية، والاستحسان: أن لا يغرم شيئًا.

---

(١) في ب، ل (أنّ نصيب المشهود عليه مالٌ).

(٢) في ب (وصدّق أحدهما)، وفي ل (فصدَق).

وجه القياس: أنّه يُعتَبر تصديقهما[1] بِتصديق أحدهما، فلو صدّق أحدهما صار نصيبه مالاً، فكذلك إذا صدّقهما.

وأمّا وجه الاستحسان: فلأنّ هذا التصديق فيه تكذيبٌ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما يقول: لم أعفُ وإنّما عفا صاحبي، فلما صدّقهما فكأنّه قال لكلّ واحدٍ منهما[2]: عفوت، ولم يعفُ، ولو قال هكذا، لم يجب شيءٌ، كذلك هذا.

ولو كان الدم بين ثلاثة، فشهد اثنان منهم على أحدهم أنّه عفا، فإن حال الشاهدين بمنزلة [حال] الشاهد الذي يشهد على صاحبه، فهو على أربعة أوجهٍ كما ذكرنا في تلك المسألة[3].

٢٤٩٥ـ [فَصل: شهادة الكفيلين بالصلح]

وإذا شهد شاهدان على القاتل أنّه صَالَحَ على الدية، وأنّهما كفلا بها، فهو على وجهين: إن لم تكن الكفالة شرطًا في الصلح جازت شهادتهما، وإن كانت الكفالة شرطًا في الصلح لم تقبل شهادتهما؛ لأنّ الكفالة إذا لم تكن شرطًا في الصلح، فلا علاقة لهما بالصلح، فشهادتهما كشهادة غير[4] الكفيلين.

وأمّا إذا شرطت كفالتهما في الصلح، فقد شهدا على عقدٍ تمامه بهما؛ لأنّ الصلح لا يتمّ إلا بقبولهما، فكأنّهما شهدا بفعل أنفسهما[5].

---

(١) في ب (تعيّن تصديقهما)، وفي ل (لتصديق)، والمناسب في السياق ما في أ.

(٢) في ب (كلّ واحدٍ منهما)، والمناسب ما في أ.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٦٣ وما بعدها.

(٤) في ل (كالشهادتين الكفيلين).

(٥) انظر: الأصل ٦/٥٨٨.

٢٤٩٦ـ [فَصْل: عفو الأب عن دم الصغير]

قال: وعفو الأب والوصيّ عن دم الصغير باطلٌ؛ لأنّه إبطال حقّ اليتيم من غير عوضٍ، وذلك لا يجوز.

فإن لم [يعف][١] ولكن صالح، فإن كان للصغير أبٌ، فله: أنّ يقتص، وله أن يصالح، سواءٌ إن كان القِصَاص في النفس أو فيما دون النفس؛ لأنّ الأب له ولايةٌ كاملةٌ، فتصرفه في حقّ الصغير كتصرفه في حقّ نفسه.

وأمّا الوصيّ، فإن كان القِصَاص فيما دون النفس: فله أن يقتصّ، وله أن يصالح؛ لأنّ ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال، ألا ترىٰ أنّه تُعتَبر فيه المساواة، وللوصيّ التصرف في الأموال، وكذلك ما في حكمها.

وأمّا إذا كان القِصَاص في النفس، مثل عبد اليتيم إذا قُتِل، فليس للوصي أنّ يقتصَّ؛ لأنّ القِصَاص ليس بمالٍ، وتصرف الوصيّ يختص بالمال، فإن صالح الوصيّ، جاز صلحه في رواية كتاب [الديات][٢]، ولا يجوز في رواية كتاب الصلح.

وجه رواية كتاب [الديّات][٣]: [أنّ] في الصلح منفعةً؛ لأنّه يجعل الحقّ الذي ليس بمال مالاً، وتصرّف الوصي فيما فيه مصلحة لليتيم جائزٌ؛ بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

---

(١) في أ (يعرف)، والمثبت من ب، وهو الصحيح.

(٢) في أ (الزيادات)، والمثبت من ب، ل، وهو الصحيح، وكتاب الديات لمحمد بن الحسن.

(٣) في أ (الزيادات)، والمثبت من ب.

وأما وجه رواية كتاب الصلح: فلأنّ الوصيّ يملك القِصَاص، فلم يجز له أن ينقله إلىٰ بدلٍ، ألا ترىٰ أنّه لمّا لم يملك العتق، لم يجز أن يعتق علىٰ مالٍ[(١)].

٢٤٩٧ - [فَصْل: المقتول الذي لا وليّ له إلّا السلطان]

وقالوا فيمن قُتِل عمداً ولا وليّ له إلا السلطان، فهو بالخيار: إن شاء قتل قاتله، وإن شاء صالح علىٰ الدية، وليس له أن يعفو.

وقال أبو يوسف: إن كان المقتول من أهل دار الإسلام، فللإمام أن يأخذ الدية، وليس له أن يقتصّ، وإن كان رجل من أهل دار الحرب فأسلم، فله أن يقتصّ، وله أن يأخذ الدية.

[وجه قول] أبي حنيفة ومحمدٍ: ما روي (أنّ عبيد الله بن عمر لما قَتَلَ [الهُرمُزان][(٢)] حين قَتَلَ عُمَرَ، فخرج الهُرمُزان وفي يده الخنجر، فظن أنّه الذي قتل عمر، فقتله، فرُفِع ذلك إلىٰ عثمان، فقال عليٌّ لعثمان: اقتل عبيد الله، قال عثمان[(٣)]: قُتِل أبوه بالأمس، فأقتله اليوم، لا أفعل [ذلك]، ولكن هذا رجلٌ من أهل الأرض، وأنا وليه أعفو عنه وأؤدّي دِيَتَه)[(٤)].

ولأنّ الإمام هو الوليّ؛ لقوله ﷺ: «**السلطان وليّ من لا وليّ له**»[(٥)]، فصار

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٩٠.

(٢) في أ (الهمزان) في الموضعين، والمثبت من ب، وهو الصحيح.

(٣) (قال عثمان) سقطت من ب.

(٤) رواه عبد الرزاق (٥/٤٨٠)؛ وابن سعد في الطبقات (٣/٣٦٥)؛ وقال ابن حجر في فتح الباري: إسناده حسنٌ (١٣/٣٤٣).

(٥) رواه أبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢)، وقال: هذا حديثٌ حسنٌ؛ وابن ماجه (١٨٧٩) من حديث عائشة رضي الله عنها.

كالوليّ من طريق النسب ، فله أن يقتل ، وله أن يصالح ، وليس له أن يعفو ؛ لأنّه حقٌّ للمسلمين ، ألا ترىٰ أنّهم يستحقون ميراثه ، فلا يملك الإمام إسقاط حقّهم من غير عوضٍ .

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ من كان من أهل دار الإسلام، لم يُؤمَن أن يكون في دار الإسلام من يستحقّ ميراثه ، فلم [يجز أن] يقتصّ الإمام مع الشبهة .

ومن دخل من أهل دار الحرب ، فالظاهر أنّه لا وارث له في دار الإسلام ، فجاز للإمام أن يقتصَّ .

٢٤٩٨ ـ [فَصْل: وليّان للدم أحدهما غائب]

[قال]: وإذا كان للدم وليّان ، أحدهما غائبٌ ، فادّعىٰ القاتل أنّ الغائب قد عفا ، [وجحد الحاضر] ، فأقام القاتل البيِّنة ، قُبِلتْ بيّنته ؛ لأنّ هذه البيّنة تشهد لإبطال نصيب الحاضر من القِصَاص ، ألا ترىٰ أنّ الغائب إذا عفا[(١)] سقط القِصَاص من النصيبين جميعًا[(٢)] ، فقد توجه القِصَاص علىٰ الحاضر ، ولا يتوصل إليه إلا بالقضاء علىٰ الغائب ، فصار الحاضر خصمًا عنه .

قال: وإن لم يكن له بيّنةٌ ، وأراد أن يستحلف الحاضر ، فلا يمين له عليه ؛ لأنّه يمكنه أن يُحلِّف الغائب ، ولا يخشىٰ فوت اليمين .

وليس كذلك البيّنة ، فإنّه[(٣)] [٣٣٥/أ] يُخشىٰ فوتها بموت الشهود أو غيبتهم

---

(١) في ل (إذا سقط).

(٢) في ب (من النفس) ، والمناسب في سياق العبارة ما في أ.

(٣) في ل (لأنه).




قبل حضور الغائب[١].

٢٤٩٩ - [فَصْل: الدم بين اثنين فعفا أحدهما ثم قتل الآخر]

فإن كان الدم[٢] بين اثنين، فعفا أحدهما، ثم قتل الآخر ولم يعلم بالعفو، أو علم بالعفو ولم يعلم بأنّ القتل حرامٌ عليه، فعليه الدية كاملةً في ماله وفي مال القاتل نصف الدية، فيتقاصّان بالنصف، ويردّ النصف، ولا يجب[٣] القِصَاص؛ لأنّ القتل حصل مع الشبهة، ألا ترىٰ أنّه إذا لم يعلم بعفو شريكه، فقد قتل، والقتل مُستَحَقٌّ في الظاهر، فإذا علم بعفوه فبطلان القِصَاص في نصيبه يُعلَم بالاجتهاد، ألا ترىٰ أنّ الظاهر [أنّ] إسقاط الواحد لنصيبه لا يوجب إسقاط حقّ غيره، فصار دعواه الشبهة مستندةً إلىٰ أصلٍ، فأسقطت القِصَاص.

وقال زفر: يجب عليه القِصَاص علم بالعفو أو لم يعلم؛ لأنّه قد بطل حقّه حكمًا، وقتل بغير حقٍّ[٤]، وأمّا إذا علم بالعفو، وعلم بأنّ العفو يُسقط القِصَاص، فعليه القِصَاص؛ لأنّه قتل من غير شبهةٍ[٥].

٢٥٠٠ - [فَصْل: موت المقطوع يده في القصاص]

قال أبو حنيفة: فيمن له قِصَاصٌ في اليد فقطعها فمات المقطوع منها، ضمن ديته، وقالا: لا يضمن.

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٩٠.
(٢) في ب (وإذا كان الدم).
(٣) في ل (يجوز).
(٤) في ب (فقتله بغير حقٍّ).
(٥) انظر: الأصل ٦/٥٨٦.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّه حقٌّ يستوفيه لنفسه، خُيّر[1] بين استيفائه وتركه، فكان ما يتولّد منه مضمونًا عليه، كضربه لامرأته.

ولا يلزم [على هذا] قطع الإمام يد السارق؛ لأنّه لا يستوفيه[2] لنفسه؛ ولأنّه لم يُخيّر فيه؛ ولأنّه حقٌّ يستوفيه لنفسه[3] على طريق البدل، فكان مضمونًا عليه، كالديون.

وجه قولهما: أنّه مأذونٌ في القطع كالإمام في يد السارق.

وقد قال أصحابنا في الأب إذا ضرب ابنه فمات: ضمن؛ لأنّه مأذونٌ في تأديبه من جهة الله تعالى على شرط السلامة، ولو ضربه المعلّم بإذن الأب [فمات]، لم يضمن؛ لأنّ الأب أذن له إذنًا مطلقًا.

فأمّا الإمام إذا قطع السارقَ، فلو جُعِل له القطع بشرط السلامة لامتنع من القطع، وذلك يؤدي إلى تعطيل الحدّ؛ ولأنّه يستوفي الحدّ[4] لحق الله تعالى، والنّفس على ملكه، فلم يكن مضمونه عليه.

٢٥٠١ - [فَصل: العفو بعد قطع يد من له القصاص في النفس]

قال أبو حنيفة: فيمن له قِصَاصٌ على رجلٍ (في النفس)[5]، فقطع يده، ثم

(١) في ب (خلّي)، وفي ل (يتخير).

(٢) في ل (يستوفيه بنفسه).

(٣) في ل (لنفسه) ساقطة.

(٤) في ل (الطرف).

(٥) ساقطة من ل.

عفا عنه، ضمن دية اليد، وقالا: لا ضمان عليه[١].

لأبي حنيفة: أنّه كان مخيّرًا بين القِصَاص والعفو، فإذا عفا استند ذلك إلىٰ الأصل، فكأنّه اختار العفو ابتداءً ثم قطع؛ [لأنّ اختياره استند إلىٰ العقد، فكأنّه ملكه من ذلك الوقت]

(وعلىٰ هذا قلنا في العبد المشروط فيه الخيار: إنّ صدقة الفِطْر علىٰ من يصير له العبد؛ لأنّ اختياره يستند إلىٰ العقد، فكأنّه ملكه من ذلك الوقت)[٢].

ولأنّه استوفىٰ اليد وليست بحقٍّ له، بدلالة أنّه يُؤدّب علىٰ قطعها، ويمنع منه قبل القطع، فإذا عفا، استوفىٰ حقّه بالعفو، (فبقيت اليد مستوفاةً بغير حقٍّ، فضمنه.

وليس كذلك إذا قتل أنّه لا يضمن اليد)[٣]؛ لأنّها وإن لم تكن حّقه، فإنّها تتلف باستيفاء حقّه، فلم تكن مقوّمةً عليه قبل العفو.

وجه قولهما: أنّ الضمان لم يلزمه بالقطع، فلما عفا انصرف عفوه إلىٰ ما بقي من حقّه، فلم يضمن، وصار كمن استوفىٰ بعض ديةٍ[٤] ثم أبرأ.

٢٥٠٢ـ [فَصْل: عفو المجروح قبل موته]

قال أصحابنا رحمهم الله: إذا عفا المجروح[٥]، ثم مات، فالقياس: أن لا

(١) انظر: الأصل ٥٩١/٦.

(٢) ما بين القوسين سقطت من (ب)

(٣) ما بين القوسين سقطت من (ب)

(٤) في ب (بعض حقه)، ومآل المعنىٰ واحدٌ.

(٥) في ل (المشجوج).

يصحّ عفوه؛ لأنّ القِصَاص ثبت ابتداءً للورثة، لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت، فكأنّه أبرأ من حقّ غيره.

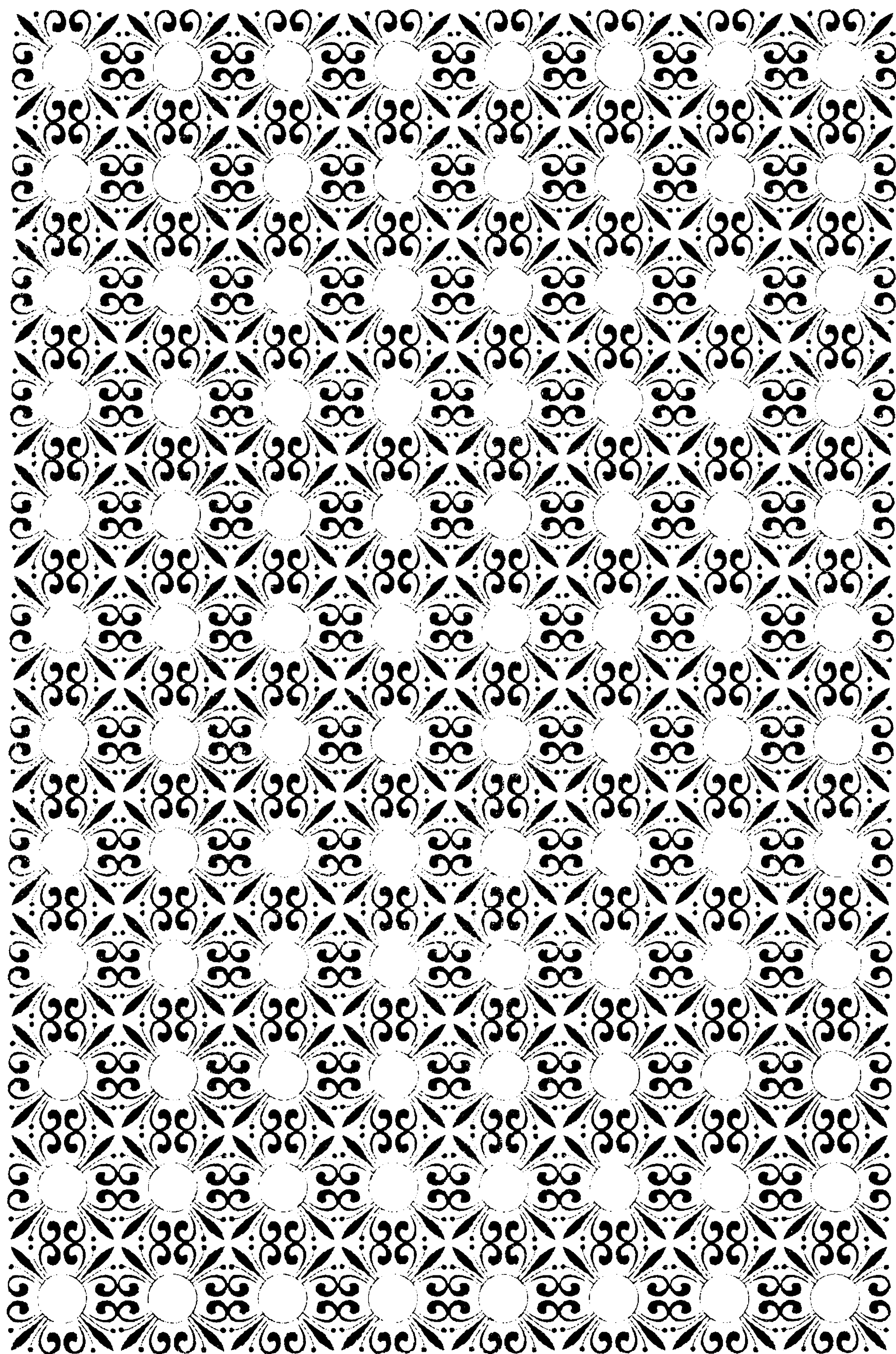
وإنّما استحسنوا وجوّزوا عفوه؛ لأنّ الحق له، وإنّما يقوم الوارث في استيفائه مقامه، فإذا أسقطه جاز، ويكون في جميع المال؛ لأنّه حقٌّ ليس بمالٍ، كالطلاق.

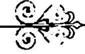
وقد قالوا في الوارث إذا عفا عن الجارح قبل موت المجروح، فالقياس: أن لا يصح عفوه؛ لأنّه عفا عن حقّ غيره، ألا ترىٰ أنّ المريض لو عفا في هذه الحالة جاز عفوه، وإنّما يثبت للوارث الحقّ بعد موته، فإذا عفا قبل ثبوت حقّه لم يجز[1]، كما لو أبرأ من دين الميت قبل موته.

وإنّما استحسنوا وقالوا: يجوز براءته؛ لأنّ الحق يثبت للورثة (عند الجرح، لولا ذلك لم يثبت لهم عند)[2] الموت، فإذا أبرأ عند ثبوت [سبب] الحقّ، جاز[3].



(١) في ب (لم يجب).
(٢) ما بين القوسين سقطت من (ب، ل).
(٣) انظر: الأصل ٥٨٥/٦ وما بعدها.






فهرس الموضوعات

